

EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN GEGEN GEWERKSCHAFTLICHE STREIKS

**Ein Beitrag zur Lehre von Zulässigkeit und Voraussetzungen
aus arbeits-, prozeß- und verfassungsrechtlicher Sicht**

von
Rainer Holzinger
aus

Schnaittach/Markt

1974

EINSTWEILIGE VERFÜGUNGEN GEGEN GEWERKSCHAFTLICHE STREIKS

**Ein Beitrag zur Lehre von Zulässigkeit und Voraussetzungen
aus arbeits-, prozeß- und verfassungsrechtlicher Sicht**

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexander-Universität

Erlangen-Nürnberg

vorgelegt

von

Rainer Holzinger

aus

Schnaittach/Markt

ERSTWELTIGE VERFÜHRUNG
GEGEN GEWERBSCHAFTLICHE STRAFGESETZE

Im Auftrag des Herrn Prof. Dr. Wolfgang Blomeyer
aus Bonn, durch den Rechtsanwältin, Frau

Industrielle Disposition

der Deutschen Familie

am 1. Februar 1974

Erstwältigung



Referent: Professor Dr. Wolfgang Blomeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 4. Februar 1974

Rechtsanwalt

Rechtsanwältin

INHALT

Verzeichnis

Verzeichnis

Verzeichnis

Verzeichnis

Verzeichnis

1. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

Meinen Eltern

2. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

3. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

4. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

5. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

6. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

7. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

8. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

9. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

10. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

11. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

12. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

13. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

14. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

15. Die Hauptpersonen in der

Erzählung

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	X
----------------------	---

Abkürzungsverzeichnis	XXVI
-----------------------	------

Teil I: Einführung	1
A. Das Problem	1
B. Der Meinungsstand	5
1. Die Stellungnahmen in der Weimarer Zeit	5
2. Die Stellungnahmen in der Zeit seit Geltung des Grund- gesetzes	6
C. Die Notwendigkeit erneuter Überprüfung	8

Teil II: Zulässigkeit und Voraussetzungen einstweiliger Verfügungen gegen gewerkschaftliche Streiks nach dem Arbeitsgerichtsgesetz und der Zivilprozeßordnung	10
A. Die Regelung des Arbeitsgerichts- gesetzes	10
1. Die Zuständigkeitsregelung des § 2 I Nr. 1 ArbGG	10
2. Die Verweisungsnorm des § 62 II ArbGG	12
3. Einstweilige Verfügung und arbeitsgerichtlicher Beschleu- nigungsgrundsatz	13
4. Die Auswirkungen einer Schieds- gerichtsvereinbarung auf den vorläufigen Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung	16

B. Die möglichen zivilprozessualen Rechtsgrundlagen	18
1. Die zivilprozessualen Gruppen einstweiliger Verfügungen und ihre dogmatischen Grundlagen	18
2. Die Fallgruppen der in der Praxis üblichen einstweiligen Verfügungen gegen Streiks	24
3. Welche der aufgezeigten Rechtsgrundlagen kommt für einstweilige Verfügungen gegen Streiks in Betracht	28
a) Rechtsgrundlage und Normzweck	28
b) Rechtsgrundlage und zulässige Maßnahme	29
C. Gegenstand und Umfang der Prüfung im Bereich des § 940 ZPO und der §§ 935, 940 ZPO als Generalklausel	31
1. Der Gegenstand der Prüfung	31
a) Der Prüfungsgegenstand bei § 940 ZPO (Regelungsverfügung)	
aa) Die Notwendigkeit der Regelung	31
bb) Materiellrechtliche Voraussetzungen	33
b) Der Prüfungsgegenstand bei §§ 935, 940 ZPO, gesehen als Generalklausel	38
2. Der Umfang der Prüfung	40
D. Fehlt es bei drohendem oder im Laufe befindlichem Streik generell oder in gewissen Fallgruppen an der Notwendigkeit einer Regelung?	46

1. Die Notwendigkeit einer Regelung, solange nicht alle Maßnahmen des Abwehrkampfes als Mittel der Not- wehr oder Selbsthilfe erschöpft sind	46
2. Die Notwendigkeit einer Regelung, wenn die einstweilige Verfügung von einem Arbeitgeberverband beantragt wird	48
E. Mögliche Verfügungsansprüche gegen Gewerkschaften zur Verhinderung der Streikeinleitung oder -Fortführung	50
1. Ansprüche aus tarifvertraglicher Friedenspflicht	51
2. Ansprüche aus Eingriff in den Gewerbebetrieb	53
3. Ansprüche aus §§ 823 II, 826, 831 BGB	56
F. Ausschluß einstweiliger Verfügungen gegen Streiks wegen Besonderheiten der anzuordnenden Maßnahmen und des Schadensersatzanspruches nach § 945 ZPO?	58
1. Einstweilige Verfügungen gegen Streiks und der Grundsatz der Einstweiligkeit	58
a) Die Befriedigungswirkung der Maßnahmen gegen Streiks	58
b) Die Irreparabilität der Maßnahmen gegen Streiks	61
2. Die Schwierigkeiten des Ausgleichs nach § 945 ZPO bei ungerechtfertigtem Erlaß einstweiliger Ver- fügungen gegen Streiks	64

Teil III: Einstweilige Verfügung und Streikfreiheit	70
A. Verfassungsrechtlicher Standort und Inhalt der Streikfreiheit	71
1. Die Streikfreiheit als Teil der Handlungsfreiheit?	73
2. Die Streikfreiheit als Ausfluß der Koalitionsfreiheit	79
B. Die Schranken der Streikfreiheit	89
1. Schrankenlose Garantie, allgemeiner Gesetzesvorbehalt oder Vorbehalt der allgemeinen Gesetze?	89
2. Weitere Schranken der Streikfreiheit	99
3. Die allgemeinen kampfrechtlichen Begrenzungen im Schrankensystem der Koalitionsfreiheit	100
C. Die Ermächtigungsnormen einstweiliger Verfügungen gegen Streiks (§§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO) im Schrankensystem des Art. 9 III GG	101
1. §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als allgemeine Gesetze	102
2. §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als unzulässige allgemeine Gesetze?	103
D. Die Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als Schranken der Kampffreiheit	105
1. Die Wechselwirkungslehre als Auslegungsprinzip	106

2. Die Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als Ermächtigung zu einstweiligen Verfügungen gegen Streiks bei abstrakter Betrachtung	108
a) Die Verfügungen des (auch) vorausprüfenden Typus	110
b) Die Verfügungen des nicht vorausprüfenden Typus	113
3. Möglichkeiten und Grenzen der Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO im konkreten Ein- zelfall	123
Teil IV: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen	129
Lebenslauf	136

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

I. Lehrbücher, Kommentare, Einzelschriften

- | | |
|-------------------------|--|
| Abraham, Bühler u.a. | Kommentar zum Bonner Grundgesetz
(sog. Bonner Kommentar)
Hamburg 1950 ff., Zweitbearbeitung 1964 ff. |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, Kurzkommentar
von Adolf Baumbach und Wolfgang
Lauterbach, 30. Aufl.
München 1970 |
| Baur, Fritz | Studien zum einstweiligen Rechtsschutz,
Tübingen 1967 |
| Bettermann, Karl August | Grenzen der Grundrechte
Berlin 1968 |
| Biedenkopf, Kurt H. | Grenzen der Tarifautonomie
Karlsruhe 1964 |
| Bitzer, Walter | Das Verfahren in Arbeitssachen
Köln-Deutz 1956 |
| Blomeyer, Arwed | Zivilprozeßrecht, Erkenntnisverfahren
Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963 |
| Blomeyer, Karl | Zwangsvollstreckung, 2. Aufl.
Berlin 1956 |
| Brox-Rüthers | Arbeitskampfrecht, von Hans Brox
und Bernd Rüthers
Stuttgart 1965 |
| Buchner, Herbert | Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktsrechtlichen Unternehmensschutz
München 1971 |

- Däubler, Wolfgang Der Streik im öffentlichen Dienst
Tübingen 1970
- Dersch-Volkmar Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar
von Hermann Dersch und E. Volkmar,
6. völlig neubearbeitete Aufl.
von Karl Fitting, Gerhard Müller,
Günter Schelp
Berlin-Frankfurt a.M. 1955
- Dietz, Rolf Koalitionsfreiheit. Drei Rechts-
gutachten, zusammen mit Weber und
Scheuner
Berlin 1961
- Dietz-Nikisch Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar
von Rolf Dietz und Arthur Nikisch
München-Berlin 1954
- Dorendorf, W. Arrest und einstweilige Verfügungen
nach den Vorschriften der deutschen
Civil-Prozeß-Ordnung
Breslau 1884
- Esser, Josef Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II,
Besonderer Teil
3. Aufl. Karlsruhe 1969
4. Aufl. Karlsruhe 1971
- Evers, Hans Ulrich Arbeitskampffreiheit, Neutralität,
Waffengleichheit und Aussperrung
Hamburg 1969
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 2. Aufl.
Berlin 1969
- Flatow-Joachim Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar
von Georg Flatow und Richard
Joachim
Berlin 1928
- Forsthoff, Ernst Gutachten zu: Die politischen Streik-
aktionen des DGB anläßlich der par-
lamentarischen Beratung des BetrVG

- in ihrer verfassungsrechtlichen und zivilrechtlichen Bedeutung
Köln 1952
- Forsthoff, Ernst Der Verfassungsschutz der Zeitungs-
presse
Frankfurt/M. 1969
- Förster-Kann Die Zivilprozeßordnung für das
Deutsche Reich, Kommentar von
A. Förster und Richard Kann
Berlin 1913/1926
- Gamillscheg, Franz Die Differenzierung nach der Ge-
werkschaftszugehörigkeit
Berlin 1966
- Gamillscheg, Franz Koalitionsfreiheit und soziale
Selbstverwaltung
Hannover 1968
- Grote, Hermann Der Streik, Taktik und Strategie,
Köln 1952
- Häberle, Peter Die Wesensgehaltsgarantie des
Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz
Karlsruhe 1962
- Hanau-Adomeit Arbeitsrecht, von Peter Hanau und
Klaus Adomeit
Frankfurt/M. 1972
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der
Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl.
Karlsruhe 1969
- Hinz, Manfred O. Tarifhoheit und Verfassungsrecht
Berlin 1971
- v. Hippel, Eike Grenzen und Wesensgehalt der Grund-
rechte
Berlin 1965
- Huber, Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bde.
2. Aufl.
Tübingen 1953/54
- Kaiser, Joseph Der politische Streik, 2. Aufl.
Berlin 1959

Kaskel, Walter	Arbeitsrecht Berlin 1925
Kemper, Gerd Heinrich	Pressefreiheit und Polizei Berlin 1964
Kloepfer, Michael	Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandsschutz München 1970
Knies, Wolfgang	Schranken der Kunstfreiheit als verfassungsrechtliches Problem München 1967
Leipold, Dieter	Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes München 1971
Leisner, Walter	Grundrechte und Privatrecht München-Berlin 1960
Lent-Jauernig	Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, von Friedrich Lent, neubearbeitet von Othmar Jauernig, 12. Aufl. München 1972
Lerche, Peter	Werbung und Verfassung München-Berlin 1967
Lerche, Peter	Verfassungsrechtliche Zentral- fragen des Arbeitskampfes Bad Homburg v.d.H.-Berlin-Zürich 1968
von Mangoldt-Klein	Kommentar zum Grundgesetz, von Hermann von Mangoldt und Friedrich Klein, 2. Aufl. Berlin-Frankfurt a.M. 1957/1964
Maunz-Dürig-Herzog	Grundgesetz, Kommentar von Theodor Maunz, Günter Dürig und Roman Herzog München 1971
Meissinger-Neumann	Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar von Hermann Meissinger und Heinz Neumann München 1958

- Nikisch, Artur Arbeitsrecht, Bd. 2, 2. Aufl.
Tübingen 1959
- Nipperdey, Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts, von
Alfred Hueck und Hans Carl Nipper-
dey, Bd. II, Kollektives Arbeits-
recht, von Hans Carl Nipperdey
unter Mitarbeit von Franz Jürgen
Säcker
7. Aufl., Berlin und Frankfurt/M.
1. Halbband 1966, 2. Halbband 1970
- Olson, Mancur Die Logik des kollektiven Handelns,
Tübingen 1968
- Pastor, Wilhelm Der Wettbewerbsprozeß, Einstweilige
Verfügung und Unterlassungsklage,
Systematische Darstellung für die
Praxis
Köln 1968
- Peters, W. Der Arrest und die einstweilige
Verfügung nach Preußischem Recht
Berlin 1884
- Promberger, Günther Arbeitskampf und Einzelarbeitsver-
trag
München-Berlin 1967
- Ramm, Thilo Die Freiheit der Willensbildung
Stuttgart 1960
- Ramm, Thilo Der Arbeitskampf und die Gesell-
schaftsordnung des Grundgesetzes
Stuttgart 1965
- Richardi, Reinhard Kollektivgewalt und Individualwille
bei der Gestaltung des Arbeitsver-
hältnisses
München 1968
- Ridder, Helmut Zur verfassungsrechtlichen Stellung
der Gewerkschaften im Sozialstaat
nach dem Grundgesetz für die Bundes-
republik Deutschland
Stuttgart 1960

- Rintelen, Anton Die einstweilige Verfügung, Eine
Untersuchung aus dem österreichi-
schen Recht
Wien 1905
- Rohlfing-Rewolle Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar von
Theodor Rohlfing und Hans-Dietrich
Rewolle
Frankfurt/M. 1970
- Rosenberg, Leo Lehrbuch des deutschen
Zivilprozeßrechts, 9. Aufl.
München 1961
- Rüthers, Bernd Streik und Verfassung
Köln 1960
- Säcker, Franz Jürgen Grundprobleme der kollektiven
Koalitionsfreiheit
Düsseldorf 1969
- Scheuner, Ulrich Koalitionsfreiheit. Drei Rechtsgut-
achten, zusammen mit Weber und
Scheuner
Berlin 1961
- Scheuner-Reuß Die Verfassungsmäßigkeit des Zweiten
Vermögensbildungsgesetzes (von Ul-
rich Scheuner) und arbeitsrechtli-
ches Gutachten zur Frage der Ver-
fassungsmäßigkeit des Zweiten Ver-
mögensbildungsgesetzes (von Wilhelm
Reuß)
Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968
- Schmid, Hans Dieter Arbeitskampf und Notstand aus der
Sicht des Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG
Berlin 1972
- Schnorr von Carolsfeld,
Ludwig Arbeitsrecht, 2. Aufl.
Göttingen 1954
- Scholz, Rupert Die Koalitionsfreiheit als Ver-
fassungsproblem
München 1971

- Schönke-Baur Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, von Adolf Schönke, fortgeführt von Fritz Baur
7. Aufl. Karlsruhe 1963
8. Aufl. Karlsruhe 1969
- Schwark, Eberhard Der Begriff der "Allgemeinen Gesetze" in Artikel 5 Absatz 2 des Grundgesetzes
Berlin 1970
- Siebrecht, Fritz Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl.
Düsseldorf 1964
- Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, von Friedrich Stein und Martin Jonas; 19. Aufl. bearbeitet von Rudolf Pohle, Wolfgang Grunsky, Dieter Leipold, Wolfgang Münzberg, Peter Schlosser, Eckehard Schumann
Tübingen 1964 ff.
- Steinberg, Kurt Streitfragen aus dem Gebiet der einstweiligen Verfügungen
Halle/Saale-Leipzig-Berlin 1931
- Stern, o.V. Arreste und einstweilige Verfügungen nach der Deutschen Zivilprozeßordnung
Berlin 1912
- Thomas-Putzo Zivilprozeßordnung, erläutert von Heinz Thomas und Hans Putzo, 5. Aufl.
München 1971
- Tomandl, Theodor Streik und Aussperrung als Mittel des Arbeitskampfes
Wien-New York 1965
- Weber, Werner Koalitionsfreiheit, Drei Rechtsgutachten, zusammen mit Dietz und Scheuner
Berlin 1961

Weber, Werner	Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem Berlin 1965
Wiethölter, Rudolf	Rechtswissenschaft Frankfurt/M.-Hamburg 1968
Zippelius, Reinhold	Wertungsprobleme im System der Grundrechte München-Berlin 1962

II. Beiträge in Zeitschriften, Festschriften und anderen
Sammelwerken

Arndt, Adolf	Zur Güterabwägung bei Grundrechten (Art. 5 GG), in: NJW 1966, 25
Arndt, Adolf	Thesen zu Artikel 9 Absatz 3 GG, in: Festgabe für Otto Kunze, Berlin 1969, S. 265 ff.
Baumgärtel, Gottfried	Besprechung von Baur, Fritz: Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, in: AcP 168 (1968), 401
Baur, Fritz	Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, in: BB 1964, 607
Baur, Fritz	Politischer Streik und Strafrecht, in: JZ 1953, 649
Bettermann, Karl August	Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Pressefreiheit, in: JZ 1964, 601
Biedenkopf, Kurt H.	Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 46. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 97 ff. München-Berlin 1966

- Blomeyer, Jürgen Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, in: ZZP 81 (1968), 20
- Blomeyer, Karl Arrest und einstweilige Verfügung, in: ZZP 65 (1952), 52
- Brill, Werner Beschleunigungsgrundsatz im arbeitsgerichtlichen Verfahren, in: DRiZ 1968, 374
- Bulla, Gustav-Adolf Das zweiseitige kollektive Wesen des Arbeitskampfes, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, S. 163 ff. München-Berlin 1955
- Busch, L. Einstweilige Verfügung, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier, Somlo, Elster, Bd. 2, S. 201 ff. Berlin und Leipzig 1927
- Dietz, Rolf Grundfragen des Streikrechts, in: JuS 1968, 1
- Dietz, Rolf Die Koalitionsfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, S. 417 ff. Berlin 1958
- Dürig, Günter Zum "Lüth-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts vom 15.1.1958, in: DVBl 1958, 194
- Ehmke, Horst Prinzipien der Verfassungsinterpretation, in: VVDStRL Bd. 20 (1963), 53
- Faupel, Rainer Streikverbot durch einstweilige Verfügung, in: DB 1970, Teil I S. 816, Teil II S. 868

Galperin, Hans	Inhalt und Grenzen des kollektiven Koalitionsrechts, in: AuR 1965, 1
Geitner, Dirk	Zur Zulässigkeit der Gründung von Sprecherausschüssen für leitende Angestellte, in: DB 1973, 280
Grunsky, Wolfgang	Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, in: JurA 1970, 724
Grunsky, Wolfgang	Besprechung von Dieter Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971, in: ZZP 85 (1972), 359
Güthe, Georg	Voraussetzungen und Inhalt der antizipierten Zwangsvollstreckung, in: ZZP 24 (1898), 338
Hadding, Walther J.	Zur einstweiligen Verfügung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, in: ZHR 130 (1968), 1
Hamelbeck, o.V.	Die einstweilige Verfügung auf vorläufige Befriedigung des Gläubigers, in: ZZP 55 (1930), 233
Häntzschel, Kurt	Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Bd. II, S. 651 ff. Tübingen 1932
Heckelmann, Dieter	Die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf, in: AuR 1970, 166
Heraeus, o.V.	In welchen Grenzen sind einstweilige Verfügungen zulässig, welche eine Befriedigung des Antragstellers herbeiführen? in: Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker, 1924, 505

- Herschel, Wilhelm Grenzen der Freiheit im kollektiven
Arbeitsrecht, in:
AuR 1970, 193
- Hessel, Philipp Einstweilige Verfügungen bei Ar-
beitskämpfen? in:
DB 1967, 2071
- Hoffmann, Reinhard Einstweilige Verfügungen gegen
Streiks? in:
AuR 1968, 33
- Hoffmann, Reinhard Beamtentum und Streik, in:
AöR 91 (1966), 142
- Hueck, Götz Koalitionsfreiheit, in: Evangeli-
sches Staatslexikon, herausgegeben
von Hermann Kunst und Siegfried
Grundmann in Verbindung mit Wilhelm
Schneemelcher und Roman Herzog,
Spalte 1073
Stuttgart-Berlin 1966
- Jadesohn und Potthoff Rechtsprechung des Arbeitsrechts,
Bd. 1914-1925, 1926/27, 1928
Stuttgart 1926, 1927, 1928
- Jauernig, Othmar Der zulässige Inhalt einstweiliger
Verfügungen, in:
ZZP 79 (1966), 321
- Kiesel, o.V. Die einstweilige Verfügung in Streik-
sachen, in:
Arbeitsrecht, Zeitschrift für das
gesamte Dienstrecht der Arbeiter,
Angestellten und Beamten, 1927,
Sp. 716
- Klein, Franz Die einstweilige Anordnung im ver-
fassungsgerichtlichen Verfahren, in:
JZ 1966, 461
- Krüger, Herbert Sinn und Grenzen der Vereinbarungs-
befugnis der Tarifvertragsparteien,
Gutachten für den 46. Deutschen

- Juristentag, Verhandlungen des 46.
Deutschen Juristentages, Bd. I,
S. 7 ff.
München-Berlin 1966
- Larenz, Karl
Nutzlos gewordene Aufwendungen als
erstattungsfähige Schäden, in:
Festgabe für Oftinger, S. 151 ff.,
1969
- Leibholz, Gerhard
Verfassungsrecht und Arbeitsrecht,
in: Hueck, Alfred - Leibholz, Ger-
hard, Zwei Vorträge zum Arbeits-
recht
München 1960
- Lerche, Peter
Grundrechte der Soldaten, in: Better-
mann-Nipperdey-Scheuner, Die Grund-
rechte, Bd. IV/1, S. 447 ff.
Berlin 1960
- Lerche, Peter
Pressefreiheit, in: Evangelisches
Staatslexikon, herausgegeben von
Hermann Kunst und Siegfried Grundmann
in Verbindung mit Wilhelm Schnee-
melcher und Roman Herzog, Sp. 1601
Stuttgart-Berlin 1966
- Müller, Gerhard
Problematik und Probleme des Ar-
beitskampfrechts in der Bundesre-
publik Deutschland, in:
RdA 1968, 66
- Müller, Gerhard
Der Arbeitskampf als Rechtsinsti-
tution - Gedanken zum Arbeitskampf-
recht in der Bundesrepublik Deutsch-
land, in:
AuR 1972, 1
- Neumann-Duesberg, Horst
Streikbegriff, Streikarten und Zu-
lässigkeitskriterien des wilden
Streiks, in:
BB 1963, 1442

- Neumann-Duesberg, Horst Vorbeugungsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft bei drohendem unzulässigem Streik, in: BB 1964, 51
- Neumann-Duesberg, Horst Vorbeugung gegen unzulässige Streikteilnahme der Arbeitnehmer, in: BB 1964, 361
- Ostler, Fritz Wichtige prozessuale Fragen des Eilverfahrens der ZPO, in: MDR 1968, 713
- Puchta, W. H. Über Provisorien, mit besonderer Rücksicht auf Verminderung der Prozeßübel, in: Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Bd. 5 (1832), 107
- Reuß, Wilhelm Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe, in: Juristen-Jahrbuch Bd. 4, S. 170 ff. Köln-Marienburg 1963/64
- Reuß, Wilhelm Einige Gedanken zur Beschränkung der Arbeitskampffreiheit, in: C. Heymanns Verlag Festschrift, Recht im Wandel, Beiträge zu Strömungen und Fragen im heutigen Recht, S. 253 ff. Köln-Berlin-Bonn-München 1965
- Richardi, Reinhard Koalitionsgewalt und individuelle Koalitionsfreiheit, in: AöR 93 (1968), 243
- Richardi, Reinhard Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, in: ZfA 1970, 85
- Rothenbücher, Karl Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4, 6
- Rüfner, Wolfgang Überschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, in: Der Staat, 1968, 41

- Rüthers, Bernd Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, in: Der Staat 1967, 101
- Rüthers, Bernd Arbeitskampf und Notstandsverfassung, in: DB 1968, 1948
- Rüthers, Bernd Zur Kampfparität im Arbeitskampfrecht, in: JurA 1970, 85 (=S. 3 Arbeits- und Sozialrecht)
- Rüthers, Bernd Rechtsprobleme des "tarifbezogenen" wilden Streiks, in: DB 1970, 2120
- Schäfer, Hans Die lückenhafte Notstandsverfassung, in: AöR 93 (1968), 37
- Scheuner, Ulrich Pressefreiheit, in: VVDStRL 22 (1965), 1
- Schlosser, Peter Besprechung von Fritz Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967, in: FamRZ 1967, 703
- Schmitt, Carl Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954 Berlin 1958
- Schuler, o.V. Die auf Leistung lautende einstweilige Verfügung, in: NJW 1959, 1801
- Smend, Rudolf Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4, 44
- Wenzel, Leonhard Die einstweilige Verfügung gegen vertragsbrüchige Arbeitnehmer, in: DB 1966, 2024

- | | |
|---------------------|---|
| Wenzel, Leonhard | Grundlinien des Arrestprozesses.
Zu Fritz Baur's Studien zum einst-
weiligen Rechtsschutz, in:
MDR 1967, 889 |
| Zeuner, Albrecht | Schadensbegriff und Ersatz von
Vermögensschäden, in:
AcP 163, 380 |
| Zeuner, Albrecht | Arbeitskampf und einstweilige
Verfügung, in:
RdA 1971, 1 |
| Zippelius, Reinhold | Grundrechte, in: Evangelisches
Staatslexikon, herausgegeben von
Hermann Kunst und Siegfried Grund-
mann, in Verbindung mit Wilhelm
Schneemelcher und Roman Herzog,
Spalte 721
Stuttgart-Berlin 1966 |
| Zippelius, Reinhold | Meinungsfreiheit, ebenda, Spalte
1298 |

Weitere Aufsatzliteratur findet sich in den Fußnoten, soweit
sie nur vereinzelt verwendet wurde.

III. Dissertationen

- | | |
|-------------------|---|
| Begemann, Helmut | Der Streik und das Recht am
Gewerbebetrieb
Diss. Kiel 1957 |
| Brändel, Claus | Einstweilige Friedensregelung in
kollektiven Arbeitsrechts-Streitig-
keiten
Diss. Hamburg 1960 |
| Eichhorn, Wilhelm | Die einstweilige Verfügung in
ihrem Verhältnis zum Arrest
Diss. Erlangen 1909 |

Finken, Klaus	Die endgültige Vermögensverschiebung aufgrund einstweiliger Verfügung Diss. Bochum 1970
Gebhardt, Richard	Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts Diss. München 1965
Huchthausen, Hans	Die einstweilige Verfügung mit irreparabler oder befriedigender Wirkung Diss. Freiburg i.B. 1942
Markett, Theo	Einstweilige Verfügung mit Befriedigungserreichung Diss. Erlangen 1935
Müller, Thitmar	Die Grenzen der einstweiligen Verfügungen Diss. Halle/Saale 1935
Ortmann, Helmuth	Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampfrecht Diss. Köln 1930
Pothmann, Walter	Die einstweilige Verfügung als Ersatz einer Verurteilung Diss. München 1949
Schulte, Heinrich	Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung Diss. Frankfurt 1929
Thalhofer, Richard	Der Arbeitskampf als Verfassungsproblem Diss. Saarbrücken 1969

Dissertationen, die in ihrer später erschienenen Buchfassung zitiert wurden, sind unter I aufgeführt.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alter Fassung
allg.	allgemein
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
ÄöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis. Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts, der Landesarbeitsgerichte und Arbeitsgerichte
ArbG	Arbeitgeber
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbN	Arbeitnehmer
ArbR	Arbeitsrecht; auch Zeitschrift Arbeitsrecht
Arb.Rspr.	Die Rechtsprechung in Arbeitssachen
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht
AS	Amtliche Sammlung
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichtes
BayVB1	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
bestr.	bestritten
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB1.	Bundesgesetzblatt

BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichts- hofs in Zivilsachen
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
DB	Der Betrieb
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DöV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Das Recht
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
e.V.	einstweilige Verfügung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fußn.	Fußnote
GewMH	Gewerkschaftliche Monatshefte
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JR	Juristische Rundschau
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Lehrb.	Lehrbuch
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
m.E.	meines Erachtens
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZfA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
o.V.	ohne Vornamen

RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift für die Wissenschaft und Praxis des gesamten Arbeitsrechts
Rdnr.	Randnummer
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz, Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen, herausgegeben von der Vereinigung der Arbeitgeberverbände
Seuff.Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte
vgl.	vergleiche
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

T e i l I

E i n f ü h r u n g

A. Das Problem

Die Diskussion um die Problematik des einstweiligen Rechtsschutzes im Arbeitskampf wird erst seit einigen Jahren zusehends lebhafter. Sie ist eingebettet in den größeren Zusammenhang gesteigerter Aufmerksamkeit für Fragen des vorläufigen Rechtsschutzes, die geweckt wurde durch eine seit einiger Zeit beobachtete Ausweitung¹⁾ fast aller Formen gerichtlicher Eilmaßnahmen.²⁾

Dennoch wäre es vorschnell geurteilt, wollte man die Erörterungen um Zulässigkeit und Voraussetzungen einstweiliger Verfügungen im Arbeitskampf abtun als einen allzu speziell geratenen Widerschein der breiten prozeßpolitischen und -dogmatischen Diskussion. Bereits eine erste summarische Beschäftigung mit der von der Wissenschaft³⁾ aufgezeigten, von der

1) Daß von einem "Ausufern" entgegen manchen Cassandra-rufen nicht gesprochen werden kann, wies Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971, S. 3 ff. nach.

2) Vgl. Leipold a.a.O. S. 8 ff.; Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967, S. 2 f.

3) Die in größerem Zusammenhang stehende Untersuchung von Brändel, Einstweilige Friedensregelung in kollektiven Arbeitsrechts-Streitigkeiten, Diss. Hamburg 1960, blieb zunächst ohne spürbare Resonanz. Umfassendere Arbeiten zu diesem Thema tauchen erst Jahre später wieder auf, so etwa Hoffmann, Einstweilige Verfügungen gegen Streiks?, AuR 1968, 33; Heckelmann, Die einstweilige Verfügung im Arbeitskampf, AuR 1970, 166; Zeuner, Arbeitskampf und einstweilige Verfügung, RdA 1971, 1; Faupel, Streikverbot durch einstweilige Verfügung, DB 1971, 816 und 868.

Praxis¹⁾ zögernd und relativ spät zur Kenntnis genommene Problematik läßt darüber hinausweisende arbeitskampfrechtliche und verfassungsrechtliche Implikationen erkennen.

Auf prozessualer Ebene führt die Erörterung des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Arbeitskämpfe unter anderem sehr rasch in die nachgerade klassischen²⁾, dennoch aber nicht letztlich entschiedenen³⁾ Streitfragen um die Zulässigkeit befriedigender oder irreparabler Maßnahmen im Eilverfahren. Nahegelegt wird dieser Zusammenhang zur umstrittenen Maßnahmevorwegnahme durch die Beobachtung, daß etwa der durch einstweilige Verfügung untersagte Streik meist endgültig, nicht nur vorläufig gescheitert ist, weshalb es auch bezeichnenderweise kaum jemals noch zu einem nachfolgenden Hauptverfahren kommt.⁴⁾

Im Bereich des materiellen Arbeitskampfes ruft die mangels ausreichender gesetzlicher Regelung immer

-
- 1) Die Landestagung Hamburg des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes beschäftigte sich auf der Grundlage eines Referates von Zeuner im Juni 1970 mit diesen Fragen, im November 1970 referierte Faupel auf der Tagung der Richter der hessischen Arbeitsgerichtsbarkeit hierüber.
 - 2) Vgl. etwa die Arbeiten von Heraeus, In welchen Grenzen sind einstweilige Verfügungen zulässig, welche eine Befriedigung des Antragstellers herbeiführen?, DR 1924, 505; Markett, Einstweilige Verfügung mit Befriedigungserreichung, Diss. Erlangen 1935; Huchthausen, Die einstweilige Verfügung mit irreparabler oder befriedigender Wirkung, Diss. Freiburg i.B. 1942; Pothmann, Die einstweilige Verfügung als Ersatz einer Verurteilung, Diss. München 1949.
 - 3) Vgl. aus neuerer Zeit Jauernig, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79 (1966), 321; Grunsky, Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, 724.
 - 4) Darauf weisen Hoffmann, AuR 1968, 33 f. und Faupel, DB 1971, 816 (817) hin.

noch schwankende Rechtswidrigkeitsproblematik¹⁾ lebhaftes Unbehagen hervor.²⁾ Sie muß nämlich vom Richter im Verfahren der einstweiligen Verfügung jedenfalls dann unter Zeitdruck bewältigt werden, wenn man einen sogenannten Verfügungsanspruch für erforderlich hält.

Aus dem Verfassungsrecht schließlich stammt das Bedenken, die rückhaltlose, bloß prozeßtechnisch orientierte Behandlung einstweiliger Verfügungen gegen Streiks könnte der Arbeitskampffreiheit unserer Wirtschafts- und Sozialverfassung³⁾ zuwiderlaufen. Denn es liegt auf der Hand, daß eine einstweilige Friedensregelung im Zentrum oder in der Nachbarschaft der Zone, die ausdrücklich dem Kampfe vorbehalten ist, zumindest eingehenderer Rechtfertigung bedarf.

Die damit grob umrissene Problematik soll in der vorliegenden Arbeit aber nicht global für alle Ausprägungen vorläufigen Rechtsschutzes gegen Arbeitskämpfe untersucht werden, sondern nur unter einer dreifachen Einschränkung:

Zum einen erstreckt sich die Untersuchung nicht auf alle Maßnahmen des Arbeitskampfes. Insbesondere soll der vorläufige Rechtsschutz gegen Aussperrung und Boykott ausgeklammert bleiben; Gegenstand der Untersuchung sollen ausschließlich einstweilige Verfügungen gegen S t r e i k s sein. Die Differenzierung schon im Ansatz ist dadurch bedingt,

1) Vgl. die Darstellung bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, 7. Aufl. 1970, S. 977 ff.

2) Vgl. Zeuner, RdA 1971, 1 ff., der die Problematik einstweiliger Verfügungen am ausgeprägtesten unter diesem Aspekt sieht.

3) Dafür, wie wenig aufgeklärt dieser Begriff selbst noch ist, vgl. einerseits Brändel, a.a.O., S. 22 ff., andererseits Hoffmann, AuR 1968, 33 (42 ff.)

daß ein analoger Verlauf der Argumentationsbahnen für Streik und Aussperrung nicht von vorneherein unterstellt werden kann.¹⁾ Die Auswahl gerade des Streiks ist einfach durch die größere praktische Relevanz des vorläufigen Rechtsschutzes gegen dieses Kampfmittel motiviert; einstweilige Verfügungen gegen Aussperrungen kommen derzeit kaum vor.²⁾

Weiter sollen lediglich Verhinderung und Unterbindung von Streiks insgesamt, nicht dagegen bloß einzelner Exzesse erörtert werden. Einzelne Exzesse haben zum einen meist keine allzu große praktische Bedeutung, zum anderen ist ihre Rechtswidrigkeit oft nicht sonderlich problematisch und ihre Reglementierung durch den vorläufigen Rechtsschutz auch verfassungsrechtlich noch eher als eine bloße Konkretisierung der Regeln des "fair play" in einem ansonsten frei ausgetragenen Kampf hinzunehmen.

In einem gewissen Zusammenhang damit steht schließlich die dritte und letzte thematische Einschränkung. Interessieren sollen im weiteren Verlauf nur Verfügungen, die gegen Gewerkschaften erlassen werden, nicht gegen einzelne Arbeitnehmer oder eine Gruppe von ihnen.

1) Dies zeigt etwa die Diskussion um das Aussperrungsverbot des Art. 29 V der Hessischen Verfassung; vgl. Lerche, Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg - Berlin - Zürich 1968, S. 56 und öfter; Evers, Arbeitskampffreiheit, Neutralität, Waffengleichheit und Aussperrung, Hamburg 1969, S. 26 ff.

2) Die gleiche Einschränkung liegt daher explizit oder implizit fast allen oben S. 1, Fußn. 3 aufgeführten Untersuchungen zugrunde; so richtig Faupel, DB 1971, 816

Untersuchungsgegenstand sollen demnach also gegen Gewerkschaften gerichtete einstweilige Verfügungen sein, durch die die Einleitung von Streiks insgesamt verhindert oder die Fortführung bereits eingeleiteter Streiks insgesamt unterbunden werden sollen.

B. Der Meinungsstand

1. Die Stellungnahmen in der Weimarer Zeit

Die Rechtsprechung der Weimarer Zeit trug keine Bedenken, einstweilige Verfügungen der genannten Art gegen Gewerkschaften zu erlassen.¹⁾

Die Literatur²⁾ schloß sich dem weitgehend an. Allerdings werden im Kommentar von Flatow-Joachim³⁾ solche Verfügungen mit dem lakonischen Hinweis abgelehnt, sie könnten den Rechtsstreit vorzeitig beenden; auch Kiesel⁴⁾ hielt eine einstweilige Verfügung gegen einen Streik für unzulässig, weil die Grundlage für den Richterspruch infolge Fehlens einer Beweisaufnahme und bei bloßer Glaubhaftmachung zu dürftig sei.

Daß aber von einem "erheblichen Widerspruch in der Literatur"⁵⁾ wohl nicht die Rede sein konnte, zeigt am besten

-
- 1) Vgl. die Übersichten in: Rechtsprechung des Arbeitsrechts, Hrg. Jadesohn und Potthoff, Bd. 1914-1925, S. 229; Bd. 1926/27, S. 204; Bd. 1928, S. 63
 - 2) Vgl. Treitel, ArbR 1925, 693; Potthoff, ArbR 1927, 374; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 1. und 2. Aufl. 1930, S. 293 f., 301; Meister, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 1928, 431; Kaskel, Arbeitsrecht, Berlin 1925, S. 52
 - 3) Flatow - Joachim, Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1928, § 62 Anm. 10 b
 - 4) Die einstweilige Verfügung in Streiksachen, ArbR 1927, Sp. 716 ff.
 - 5) So aber Hoffmann, AuR 1968, 33 (34)

die Dissertation von Ortmann¹⁾ aus dem Jahre 1930, der es sich immerhin noch erlauben konnte, den Zulässigkeitsstreit in wenigen Sätzen in Einleitung²⁾ und Schlußwort³⁾ abzutun, sich im übrigen aber auf die Darstellung der - vielleicht vermeintlich - "bestehenden rechtlichen Grundlagen"²⁾ zu beschränken.

2. Die Stellungnahmen in der Zeit seit Geltung des Grundgesetzes

Die Rechtsprechung erließ auch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wieder einstweilige Verfügungen gegen Streiks in wechselndem Umfang.⁴⁾ Über die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks enthalten die

1) Einstweilige Verfügungen im Arbeitskampfrecht, Diss. Köln 1930

2) S. 11

3) S. 86

4) Vgl. etwa ArbG Frankfurt BB 1951, 641; LAG Hannover BB 1953, 590; LAG Bayern (München) BB 1954, 593 = RdA 1954, 359 = DB 1954, 675; ArbG Lüneburg BB 1955, 897; ArbG Bremerhaven BB 1955, 865; ArbG Bremerhaven BB 1955, 897; LAG Hamm BB 1955, 605 = SAE 1956, 15; BAG v. 8.2.1957 AP Nr. 1 zu § 1 TVG = AuR 1957, 376; ArbG Braunschweig WA 1963, 16; ArbG Köln BB 1964, 844 = DB 1964, 1029; ArbG Düsseldorf DB 1965, 1366; ArbG Neunkirchen BB 1966, 738; ArbG Saarbrücken BB 1966, 738

In der Literatur - so bei Hoffmann, Heckelmann, Faupel - wird auch immer wieder auf eine Reihe unveröffentlichter Urteile hingewiesen:

ArbG Hamburg v. 9.4.1962, bestätigt durch Urteil v. 14.4.1962 (1 Ga 7/62); ArbG Wuppertal v. 11.4.1962 (3 Ga 4/62); ArbG Kiel v. 13.4.1962 (3a Ga 7/62) und v. 18.4.1962 (3a Ga 4 - 6/62); ArbG Düsseldorf v. 7.5.1965 (2 Ca 1302/65); AG Bretten v. 26.5.1965 (G 2/65); LAG Frankfurt a.M. v. 25.5.1969 (5 Sa 251/69); ArbG Aachen v. 23.6.1971 (1 Ga 5/71); ArbG Krefeld v. 25.6.1971 (Ga 10/71); ArbG Köln v. 25.6.1971 (1 Ga 19/71); ArbG Darmstadt v. 26.6.1971 (2 Ga 1/71)

Beschlüsse und Urteile selten nähere Ausführungen; sie wird in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzt.

Nur in wenigen zum Teil unveröffentlichten Entscheidungen werden Bedenken geäußert. So befaßt sich etwa das Arbeitsgericht Braunschweig¹⁾ mit dem Gedanken, ob nicht die Voraussetzungen einer Verfügung im Arbeitskampf im Hinblick auf die Kampffreiheit restriktiv zu lesen seien. Das Arbeitsgericht Kiel²⁾ lehnte einen entsprechenden Antrag mit der Begründung ab, das totale Verbot eines bereits angelaufenen Streiks bei bloßem Streit um seine Tarifwidrigkeit sei durch einstweilige Verfügung unzulässig, weil damit kein einstweiliger Zustand hergestellt, sondern endgültige Entscheidungen getroffen würden, für die das Verfahren nach § 940 ZPO nicht vorgesehen sei. Das Landesarbeitsgericht Frankfurt/M.³⁾ schließlich trägt im Hinblick auf die Zulässigkeit zwar Bedenken, glaubt sie aber dadurch ausgeräumt zu haben, daß es an den Nachweis der Rechtswidrigkeit des Streiks hohe Anforderungen stellt.

Auch in der neueren Literatur wird die Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks weitgehend ohne Vorbehalt bejaht.⁴⁾ Eine Reihe von Autoren macht dieses positive Urteil aber von gewissen - oft recht

1) Urteil v. 18.4.1962 (3 Ga 6/62), WA 1963, 16

2) Urteil v. 13.4.1962 (3 Ga 7/62)

3) Urteil v. 25.5.1969 (5 Sa 251/69)

4) Vgl. Baur, Arrest und einstweilige Verfügung in ihrem heutigen Anwendungsbereich, DB 1964, 607 (613); Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 295 ff.; Dersch-Volkmar, ArbGG, § 62 Anm. 4 G; Dietz-Nikisch ArbGG, § 62 Rdnr. 37; Hoeniger, Einige Gedanken zum Recht des Arbeitskampfes, RdA 1953, 204 (210); Neumann-Duesberg, Vorbeugungsmaßnahmen des Arbeitgebers gegen die Gewerkschaft bei drohendem unzulässigem Streik, BB 1964, 51; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskampf, 3. Aufl. 1964, S. 153 ff.

unterschiedlichen - Einschränkungen abhängig.¹⁾ Auf völlige Ablehnung stoßen einstweilige Verfügungen gegen Streiks bei Hoffmann.²⁾ Die jeweils zur Begründung angeführten Gesichtspunkte sollen jedoch nicht schon hier im einzelnen dargestellt werden, sondern dürfen der Erörterung im sachlichen Zusammenhang dieser Arbeit vorbehalten bleiben.

C. Die Notwendigkeit erneuter Überprüfung

Das auch in den Ergebnissen unverbundene Nebeneinander der Meinungen, die sich allenfalls zu Gruppen mit ähnlicher Zielrichtung zusammenfassen lassen, macht immerhin deutlich, daß eine allseits überzeugende Lösung des Problems bislang nicht gelungen ist. Allein diese Situation würde für sich schon den Versuch rechtfertigen, um Klärung bemüht in jenen vielschichtigen Einflußbereich von Prozeßrecht, Arbeitsrecht und Verfassungsrecht erneut einzudringen.

Darüber hinaus aber motivieren wesentliche Veränderungen des allgemeinen dogmatischen Hintergrundes sowohl der

1) Für die Zulässigkeit der einstweiligen Verfügung nur bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit des Streiks: Hessel, Einstweilige Verfügungen bei Arbeitskämpfen?, DB 1967, 2071 f.; (Hueck-) Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/2, 7. Aufl. 1970, S. 1049 f. ("... sofern an der Rechtswidrigkeit des bevorstehenden Arbeitskampfes keine v e r n ü n f t i g e n Zweifel möglich sind."); Reuß, Einige Gedanken zur Beschränkung der Arbeitskampffreiheit, Heymanns Verlag Festschrift 1965, S. 253 ff. (268) ("... wenn der unmittelbar bevorstehenden Kampfhandlung die Unrechtmäßigkeit auf der Stirn geschrieben steht.") Für Zulässigkeit nur bei Existenzgefahr des Antragstellers: Faupel, DB 1971, 868 (870) Für eine (fließende) Kombination dieser beiden Zulässigkeitskriterien: Zeuner, RdA 1971, 1 (7) Für Zulässigkeit nur bei Einschränkung der Befriedigungswirkung: Heckelmann, AuR 1970, 166 (177)

2) AuR 1968, 33 (50)

prozessualen wie der verfassungsrechtlichen Szenerie ein Überdenken auch der Problematik einstweiliger Verfügungen gegen Streiks.

Neue Impulse erhielt das Verfassungsrecht im Bereich des Art. 9 III GG durch die anregende Untersuchung des Aussperrungsverbotcs der hessischen Verfassung von Lerche¹⁾, vor allem aber auch durch die grundlegenden Analysen der kollektiven Koalitionsfreiheit von Säcker²⁾ und Scholz³⁾.

Einen Aufbruch der Prozeßrechtswissenschaft in die Gefilde des vorläufigen Rechtsschutzes kündigte 1967 Baur⁴⁾ mit seinen "Studien zum einstweiligen Rechtsschutz" an. Inzwischen stellte Leipold⁵⁾ die überkommenen, scheinbar so festgefügtcn Vorstellungen der Prozeßrechtsdogmatik über den Problembereich der Prüfungsvorwegnahme radikal in Frage.

Derart grundlegende Neuerungen gleich in zwei relevanten Rechtsgebieten legen eine Überprüfung der vorgefundenen Positionen umso dringender nahe, als die Problematik einstweiliger Verfügungen gegen Streiks wie kaum eine andere außer vom Arbeitskampsrecht von den Ausstrahlungen des Prozeßrechtes und des Verfassungsrechts zugleich geprägt ist.

1) Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, Bad Homburg v.d.H. - Berlin - Zürich 1968.

2) Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969

3) Die Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, München 1971

4) Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967

5) Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971

T e i l I I

Zulässigkeit und Voraussetzungen einstweiliger
Verfügungen gegen gewerkschaftliche Streiks nach
dem Arbeitsgerichtsgesetz und der Zivilprozeß-
ordnung

A. Die Regelung des Arbeitsgerichtsgesetzes

1. Die Zuständigkeitsregelung des § 2 I Nr. 1 ArbGG

Zu den überbetrieblichen Streitigkeiten, die durch
§ 2 I Nr. 1 ArbGG der ausschließlichen sachlichen
Zuständigkeit¹⁾ der Arbeitsgerichte übertragen sind,
gehört auch die große Gruppe von Streitigkeiten im
Zusammenhang mit Arbeitskämpfen.

Wie dieser Begriff des Arbeitskampfes zu fassen ist,
ist nach wie vor umstritten: Zwar besteht noch Einig-
keit darüber, daß es sich hierbei jedenfalls um eine
von den Parteien des Arbeitslebens vorgenommene Störung
des Arbeitsfriedens durch kollektive Kampfmaßnahmen
handeln muß.²⁾ Streit besteht jedoch darüber, ob und
in welcher Form neben den beteiligten Personen und
den Kampfmitteln auch die Kampfziele in die Begriffsbe-
stimmung Eingang finden sollen.

1) Vgl. etwa Rohlfing-Rewolle, Arbeitsgerichts-
gesetz, Anm. 2b zu § 2 ArbGG

2) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeits-
rechtes, 7. Aufl. 1970, Bd. II/2, S. 872 ff.;
Böttcher, RdA 1955, 81; Dietz-Nikisch, Ar-
beitsgerichtsgesetz, § 2 Anm. 89; Schnorr von
Carolsfeld, 2. Aufl., Göttingen 1954, S. 461,
jeweils mit weiteren Nachweisen

Zum Teil wird dem erstrebten Ziel für die Definition des Begriffes Arbeitskampf keine Bedeutung beigemessen¹⁾, zum Teil wird jedoch gefordert, es müsse die kollektivvertragliche Beilegung einer Gesamtstreitigkeit²⁾ erstrebt werden.

Indessen braucht hier nicht der Streit um eine allgemeine Definition des Arbeitskampfes entschieden zu werden. An dieser Stelle geht es lediglich um die Auslegung der Zuständigkeitsnorm des § 2 I Nr. 1 ArbGG; diese hat sich mehr an der ratio legis zu orientieren als an einem schwankenden - vielleicht nur scheinbar - vorgegebenen Begriffsverständnis.

Die ratio legis des § 2 I Nr. 1 ArbGG spricht aber für eine weite Fassung des Begriffes Arbeitskampf. Denn es ist kaum anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei Verfolgung des einen Kampfzieles durch diese Norm die Arbeitsgerichte, bei Verfolgung eines anderen weiterhin die ordentlichen Gerichte nach § 13 GVG für zuständig erklären wollte,³⁾ obwohl das äußere soziale Erscheinungsbild immer das gleiche ist.⁴⁾ Zu dieser Auffassung wird man noch stärker neigen, wenn man an die Schwierigkeiten der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten in den Fällen denkt, in denen neben kollektivvertraglich regelbaren auch andere Kampfziele angestrebt werden.

1) So etwa Nikisch, Arbeitsrecht Bd. II S. 82; Dersch-Volkmar, ArbGG, Rdnr. 75 zu § 2; Bötticher, RdA 1955, 81

2) So Hueck-Nipperdey, Grundriß des Arbeitsrechts, 5. Aufl., 1970; entspr. Lehrbuch Bd. II/2, 7. Aufl., 1970, S. 878; ähnlich auch BGHZ 14, 347; Schnorr von Carolsfeld, Arbeitsrecht, S. 461 Anm. 4

3) So aber - allerdings ohne nähere Begründung - Dietz-Nikisch, ArbGG, Rdnr. 89 zu § 2

4) Im Ergebnis ebenso Dersch-Volkmar, ArbGG, Rdnr. 75 zu § 2

Die Erörterung wird sich daher zumindest an ihrem prozessualen Ausgangspunkt mit einer Minimaldefinition begnügen: Danach ist der Streik als besonderes Mittel des Arbeitskampfes zu umschreiben als eine gemeinsame, planmäßig durchgeführte Arbeitseinstellung einer Anzahl von Arbeitnehmern innerhalb eines Berufes oder Betriebes. Für die Frage der Zuständigkeitszuweisung durch § 2 I Nr. 1 ArbGG kann es keine Rolle spielen, ob die kollektivvertragliche Beilegung einer Gesamtstreitigkeit erstrebt wird oder nicht, subjektive Komponenten¹⁾ bleiben also jedenfalls in diesem Zusammenhang ausgeklammert.

Ist für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Streiks durch § 2 I Nr. 1 ArbGG die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte im aufgezeigten (weiten) Umfange begründet, so ist weiter zu fragen, ob sie speziell auch zum Erlaß einstweiliger Verfügungen berufen sind.

2. Die Verweisungsnorm des § 62 II ArbGG

Auf die hier interessierenden Streitigkeiten im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen (§ 2 I Nr. 1 ArbGG) findet gemäß §§ 8 I, 46 I ArbGG das Urteilsverfahren Anwendung.

Rechtsgrundlage für einstweilige Verfügungen im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren ist § 62 II ArbGG. Danach sind für die Zwangsvollstreckung einschließlich des Arrestes und der einstweiligen Verfügung die Normen des achten Buches der Zivilprozeßordnung maßgebend. Die Terminologie des Arbeitsgerichtsgesetzes ist hier ebenso ungenau wie die Systematik der Zivilprozeßordnung. Die Anordnung einer einstweiligen Verfügung stellt keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung, sondern eine besondere

1) Vgl. Hueck-Nipperdey, Grundriß, S. 288 f.

Art des Erkenntnisverfahrens dar.¹⁾ Lediglich der Vollzug der im summarischen Verfahren angeordneten Verfügung ist systematisch wie der Vollzug eines Urteils der Zwangsvollstreckung zuzurechnen.

Indessen ist klar, wie die Verweisung inhaltlich aufzufassen ist: Einstweilige Verfügungen im arbeitsgerichtlichen Urteilsverfahren sind nach §§ 935 ff. ZPO zu beurteilen.

3. Einstweilige Verfügung und arbeitsgerichtlicher Beschleunigungsgrundsatz

Trotz der recht eindeutigen Verweisung des § 62 II ArbGG wird mitunter²⁾ an der Zulässigkeit einstweiliger Maßnahmen im arbeitsgerichtlichen Verfahren gezweifelt. Der in § 9 I S. 1 ArbGG niedergelegte Beschleunigungsgrundsatz, der für alle Rechtszüge gilt, lasse das Rechtsschutzbedürfnis für Eilmaßnahmen entfallen.

Zwar ist richtig, daß auch im Verfahren der Anordnung einer einstweiligen Verfügung ein Rechtsschutzinteresse des Antragstellers Prozeßvoraussetzung ist, jedoch ist es auch bei Ausnutzung sämtlicher arbeitsgerichtlicher

1) Grundlegend Schulte, Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung, Diss. Frankfurt a.M. 1929, S. 112 f.

2. Vgl. z.B. Rohlfing-Rewolle, ArbGG, § 62 Anm. 4; Bitzer, Das Verfahren in Arbeitssachen, Köln 1956, S. 170; Kiesel, ArbR 1927 Sp. 718

Beschleunigungsmittel¹⁾ nicht möglich, einen umgehenden Rechtsschutz durch das Hauptverfahren zu gewährleisten, der sämtliche Schnellverfahren überflüssig machen könnte. Denn auch ein Verfahren, das dem Beschleunigungsgrundsatz unterliegt, kann in Hauptsacheverfahren nicht auf die Richtigkeit der erzielten Ergebnisse verzichten. Der Ruf nach Sicherheit und nach Schnelligkeit ist aber ab einer bestimmten Grenze eine in sich unstimmige und unerfüllbare Forderung.

Eine realistische Betrachtungsweise wird auch die faktische Dauer der an Arbeitsgerichten anhängig gemachten Verfahren berücksichtigen. So ergab sich für Bayern in den Jahren 1971 und 1972 folgendes Bild:

1) Vgl. hierzu Brill, Beschleunigungsgrundsatz im arbeitsgerichtlichen Verfahren, DRiZ 1968, 374

Die Dauer der Anhängigkeit erledigter Verfahren in den
bayerischen Arbeitsgerichtsbezirken 1971 und 1972¹⁾

Verfahrensdauer der erledigten ²⁾ Klagen										
Jahr	bis einschl.	mehr als 1	mehr als 3	mehr als 6	mehr als					
	1 Monat	bis einschließlich			12 Monate					
		3 Monate		6 Monate		12 Monate				
	Zahl	%	Zahl	%	Zahl	%	Zahl	%		
	1971	10312	42,3	7104	29,1	3592	14,7	2353	9,6	1051
1972	9910	38,3	8167	31,6	3775	14,6	3074	11,9	944	3,6

- 1) Quelle: Statistische Berichte des Bayerischen Statistischen Landesamtes, Ausgabe Februar 1973, S. 5
- 2) Über die Art der Erledigung innerhalb der einzelnen zeitlichen Rubriken der Verfahrensdauer enthält die Statistik keine aufgeschlüsselten Angaben. Sie werden nur bezüglich aller im Kalenderjahr 1971 bzw. 1972 erledigten Klagen gemacht: 1972 (1971) wurden 9,7 % (10,0 %) der Klagen durch streitiges, 12,8 % (12,9 %) durch Anerkenntnis-, Verzicht- und Versäumnisurteil, 37,7 % (37,7 %) durch gerichtlichen Vergleich und 39,8 % (39,4 %) auf andere Weise, insbesondere Klagerücknahme, außergerichtlichen Vergleich und Verweisung erledigt. (Quelle: Statistische Berichte des Bayerischen Statistischen Landesamtes, Ausgabe Februar 1973, S. 4)

Daraus läßt sich entnehmen, daß zwar die Zahl extrem langer Prozesse von über einjähriger Dauer verhältnismäßig klein ist und absolut wie relativ sogar abgenommen hat. Dem steht aber die Beobachtung gegenüber, daß auch die ohnehin noch nicht optimal hohe Zahl von Prozessen mit bis zu einmonatiger Dauer absolut wie relativ abgenommen hat. Es besteht kurzfristig also gegenwärtig eine Tendenz zu einer mittleren Prozeßdauer von ein bis zwölf Monaten. Mehr als 60 % der von bayerischen Arbeitsgerichten 1972 erledigten Verfahren waren über einen Monat anhängig.

Offensichtlich kann daher zumindest gegenwärtig nicht davon gesprochen werden, daß im Bereich der Arbeitsgerichtsbarkeit für Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes kein Bedürfnis mehr bestehe.

Der Gesetzgeber ist hiervon auch ausgegangen und hat durch die Verweisung des § 62 II ArbGG die Zulässigkeit der Schnellverfahren auf indirekte Art anerkannt, indem er von ihr stillschweigend ausging.¹⁾

4. Die Auswirkungen einer Schiedsgerichtsvereinbarung auf den vorläufigen Rechtsschutz durch einstweilige Verfügung

Nach § 101 I ArbGG können Tarifvertragsparteien eine Vereinbarung dahingehend treffen, daß Streitigkeiten über Bestand und Auslegung von Tarifverträgen durch Schiedsgerichte zu entscheiden seien.

Der Schiedsvertrag begründet eine prozeßhindernde Einrede (§ 102 I ArbGG). Da insoweit die Anrufung der Arbeitsgerichte ausgeschlossen ist (§ 4 ArbGG), fragt es

1) H.M.; vgl. etwa Ortmann, a.a.O., S. 34 f.; Dietz-Nikisch, ArbGG, § 62 Anm. 31 ff.

sich, ob im Falle der Existenz einer solchen Vereinbarung auch die Zuständigkeit für den Erlaß einstweiliger Maßnahmen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes auf die Schiedsgerichte übergeht, ob die Zuständigkeit der ordentlichen Arbeitsgerichte für das Schnellverfahren erhalten bleibt oder ob dann einstweilige Verfügungen schlechthin unzulässig sind.¹⁾

Nach herrschender Meinung²⁾ dürfen einstweilige Maßnahmen von Schiedsgerichten nicht angeordnet werden. Die *V o l l - s t r e c k u n g* einstweiliger Verfügungen durch das Schiedsgericht scheitert daran, daß es nicht die Kompetenz hat, die hierfür erforderlichen Hoheitsakte zu erlassen.³⁾

Die *A n o r d n u n g* der einstweiligen Verfügung durch das Schiedsgericht ließe sich nicht mit der nötigen Schnelligkeit durchführen, weil im schiedsgerichtlichen Verfahren die Anhörung des Gegners durch das Schiedsgericht (§ 105 I ArbGG) und durch das Arbeitsgericht vor der Vollstreckbarkeitserklärung (§ 109 I S. 2 ArbGG) erforderlich ist.

Auch wäre das Schiedsgericht mangels Kompetenz zur Entgegennahme eidesstattlicher Versicherungen (§ 106 I S. 2 ArbGG), die als wichtigste Mittel der Glaubhaftmachung gemäß § 294 I ZPO eine bedeutende Rolle spielen, ohnehin auf die Mithilfe der staatlichen Gerichte angewiesen. Diese Verlagerung eines Teils des Verfahrens würde eine für das Schnellverfahren unerträgliche Verzögerung mit sich bringen.

1) Vgl. hierzu und zum Folgenden Brändel, a.a.O., S. 5 ff.

2) Vgl. etwa Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, § 943 Anm. I; RGZ 31, 375; Dersch-Volkmar, ArbGG, § 106 Anm. 2 d

3) Vgl. Dersch-Volkmar, ArbGG, § 106 Anm. 2 d

Da Schiedsgerichte demnach nicht zum Erlaß einstweiliger Verfügungen berufen sein können, die Parteien aber mit der Schiedsgerichtsvereinbarung nicht ohne weiteres auch auf vorläufigen Rechtsschutz verzichtet haben, muß die Kompetenz zum Erlaß einstweiliger Verfügungen auch in diesen Fällen bei den staatlichen Gerichten verbleiben.

Einstweilige Verfügungen durch die Arbeitsgerichte werden demnach auch nicht durch die Existenz von Schiedsgerichtsvereinbarungen ausgeschlossen.¹⁾

B. Die möglichen zivilprozessualen Rechtsgrundlagen

1. Die zivilprozessualen Gruppen einstweiliger Verfügungen und ihre dogmatischen Grundlagen

§ 62 II ArbGG verweist bezüglich der einstweiligen Verfügungen auf §§ 935 ff. ZPO. Will man sich Gewißheit verschaffen, welche Rechtsgrundlagen für einstweilige Verfügungen gegen Maßnahmen des Arbeitskampfes in Frage kommen, so bedarf es zunächst eines Überblickes über die vom Gesetz in der Auslegung der modernen Zivilrechtsdogmatik zur Verfügung gestellten Möglichkeiten.

a) Während der Arrest (§ 916 ZPO) der Sicherung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in das Vermögen des Schuldners dient, also für unsere Betrachtungen lediglich im Zusammenhang mit der Sicherung eventueller Schadensersatzforderungen bedeutsam werden könnte, sichert § 935 ZPO als eine erste Unterart der einstweiligen Verfügungen die Verwirklichung von Rechten, die nicht auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet sind. Mit Recht

1) Im Ergebnis ebenso Rohlfing-Rewolle, ArbGG, § 101 Anm. 1

weist Baur¹⁾ darauf hin, daß die vielfach²⁾ anzutreffende Formulierung, es müsse sich um Ansprüche auf Individualleistungen handeln, nicht ganz exakt ist; denn unter § 935 ZPO fallen auch Ansprüche auf Leistungen, die nicht vom Schuldner persönlich erbracht zu werden brauchen.

Kontrovers wird in der Literatur die Frage beantwortet, welche Maßnahmen im Rahmen des § 935 ZPO möglich sind, insbesondere ob die angeordnete Maßnahmen zu einer Befriedigung des Hauptanspruches des Gläubigers führen darf. Ganz überwiegend wird aus der sichernden Funktion der einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO der Schluß gezogen³⁾, die Verfügung dürfe keine befriedigende Wirkung haben, sie müsse gegenüber der aus dem Hauptanspruch sich ergebenden Rechtsfolge "ein minus und ein aliud"⁴⁾ sein. Nun ließe sich zwar gegenüber dieser Terminologie einwenden, ein aliud könne niemals durch die Kategorien eines minus oder maius erfaßt werden, eben weil es anders und damit inkommensurabel sei. Da jedoch immerhin deutlich wird, was im Hinblick auf die Befriedigungswirkung gemeint ist, mag es angesichts der raschen Verbreitung der Formel vom "minus und aliud" damit sein Bewenden haben.

1) Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 26

2) Vgl. etwa Thomas-Putzo, ZPO, 5. Aufl., München 1971, Vorbem. 3 b vor § 916; Güthe ZFP 24, 346 (366); so aber auch schon im Entwurf einer Civil-Prozeß-Ordnung für das Deutsche Reich; Mit Motiven und Anlagen, Besonderer Abdruck der Vorlage für den Reichstag, Dritte Ausgabe, Berlin 1874, S. 387 ff. (578) = Hahn, Materialien ZPO, 2. Bd., 1. Abt., S. 470

3) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Bem. 2 B vor § 916, ferner § 938, Bem. 1 A; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1963, § 119 III 3 und IV 4; R. Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, § 46 II 9; Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München 1961, § 214 I 2; Stein-Jonas, ZPO, 18. Aufl., Bem. IV 1 vor § 916; Thomas-Putzo, ZPO, § 938 Bem. 1 b

4) Vgl. Baur, Studien, S. 48 ff.

Soweit es sich um Unterlassungsverfügungen handelt, ist inzwischen anerkannt, daß durch § 935 ZPO lediglich Unterlassungsnebenpflichten, nicht aber -Hauptpflichten erfüllt werden dürfen;¹⁾ in diesem - eingeschränkten - Sinne ist auch § 938 II ZPO zu verstehen.²⁾

Allerdings wird bisweilen³⁾ bezweifelt, ob sich aus dem Sicherungszweck der Verfügung nach § 935 ZPO - die daher auch kurz "Sicherungsverfügung" genannt wird - tatsächlich so kategorisch ein absolutes Befriedigungsverbot ableiten läßt. Aber selbst wenn man diesen Bedenken gegen das Verbot der Maßnahmevorwegnahme folgte, so dürfte es doch schwerfallen, Konstellationen zu ersinnen, in denen eine Maßnahme mit Befriedigungswirkung zur Erreichung des Sicherungszweckes wirklich erforderlich und damit nach § 938 I ZPO auch zulässig wäre.

b) Im Gegensatz zur sichernden einstweiligen Verfügung nach § 935 ZPO dient die Verfügung nach § 940 ZPO nicht der Anspruchssicherung, sondern der Regelung streitiger Rechtsverhältnisse.⁴⁾ An die Stelle des Sicherungszweckes tritt der Regelungszweck.⁵⁾ Ergebnis der Regelung soll ein - möglichst befriedeter - "einstweiliger Zustand" sein. Voraussetzung ist jedoch, daß die Regelung "zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint".

1) Vgl. Grunsky, Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, S. 724 ff. (735); Jauernig, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79, S. 321 ff. (329 f.); Baur, Studien, S. 50 f., 57

2) Grunsky, JurA 1970, 724 (735)

3) Vgl. Finken, Die endgültige Vermögensverschiebung aufgrund einstweiliger Verfügung, Diss. Bochum 1970, S. 61 ff.; ähnlich Jauernig, ZZP 79, 321 (323)

4) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 940 Anm. 1

5) Vgl. Baur, Studien, S. 29

Darüber, welchen Inhalt diese sogenannten "Regelungsverfügungen" haben können, gehen die Meinungen auseinander.

Zum Teil¹⁾ wird der vom Gesetz geforderten Einstweiligkeit des zu regelnden Zustandes ebenfalls ein Befriedigungsverbot entnommen; die Verfügungen mit Befriedigungswirkung, die vom Gesetz²⁾ oder von der Rechtsprechung³⁾ anerkannt sind, werden von dieser Meinung kurzerhand als "dritte Art der einstweiligen Verfügungen" betrachtet, also als eigenständige Kategorie, die vom Gesetz nicht eigens genannt sei.⁴⁾

Häufiger wird jedoch angenommen, die einstweilige Verfügung nach § 940 ZPO könne auch auf Befriedigung gerichtet sein, es könne also auch der dem materiellrechtlichen Anspruch entsprechende Zustand in tatsächlicher Hinsicht⁵⁾ hergestellt werden.⁶⁾ § 940 ZPO lasse sich eine Beschrän-

1) Vgl. etwa Baumbach-Lauterbach, ZPO, Bem. 2 B vor § 916; A. Blomeyer, Lehrbuch, § 119 III, IV 4

2) Etwa §§ 627, 627 b ZPO; 11 a GebrauchsmusterG; 61 VI S. 2 UrheberG; 25 UWG

3) Vgl. stellvertretend für zahlreiche Entscheidungen etwa LG Koblenz NJW 1960, 2005; OLG Celle NJW 1952, 1221; OLG Stuttgart BB 1964, 623

4) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, § 940, Anm. 4; Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckung, S. 109, 117 f.; Karl Blomeyer, Zwangsvollstreckung, S. 61; Rosenberg, Lehrbuch des Zivilprozeßrechtes, 9. Aufl., S. 1105; Arwed Blomeyer, Zivilprozeßrecht, S. 663; Baur BB 1964, 607 (608); Jauernig ZZP 79, 321 (332, 337 f.)

5) Eine rechtliche Befriedigungswirkung würde das Bestehen des Anspruches voraussetzen (vgl. Karl Blomeyer, ZZP 65, 63)

6) Vgl. Hamelbeck ZZP 55, 233 (241); Huchthausen, a.a.O. S. 97, 122; Güthe ZZP 24, 346 (386 f.); Duffek NJW 1966, 1345 (1347); Stern, Arreste und einstweilige Verfügungen nach der Deutschen Zivilprozeßordnung, Berlin 1912, S. 14 f.; Jauernig, ZZP 79, 321 (323 f.) 331; Wenzel JZ 1965, 287; Baur, Studien, S. 32

kung auf bloße Sicherung nicht entnehmen.¹⁾ Auch sei die Einstweiligkeit der Maßnahme selbst bei faktischer Befriedigung gewahrt; der Rückgriff auf den materiellrechtlichen Anspruch im Hauptprozeß sei nämlich stets möglich, in rechtlicher Hinsicht werde also niemals ein endgültiger Zustand geschaffen.²⁾

c) Wer dies jedoch ablehnt³⁾, ist gezwungen, die anerkannten Fälle von Verfügungen mit Befriedigungswirkung einer nicht normierten Kategorie sogenannter "Leistungsverfügungen" zuzuordnen. Diese Leistungsverfügungen, deren Ursprung sehr verschieden qualifiziert wird⁴⁾, haben keinerlei festumrissene Gestalt mehr. Ihr Anwendungsbe-
reich läßt sich nur noch durch eine Gesamtschau anerkannter Fallgruppen umschreiben, deren Gemeinsamkeit lediglich in der befriedigenden Wirkung der angeordneten Maßnahmen besteht, ohne daß diese Wirkung aber als echtes Abgrenzungsmerkmal fungieren würde. Denn das alleinige Abgrenzungskriterium der befriedigenden Wirkung wird oft nicht konsequent angewandt, sondern zwar bei Geldleistungsansprüchen in den Vordergrund gerückt, bei Herausgabeansprüchen oder bei Unterlassungsansprüchen aber kaum beachtet.⁵⁾ Das Resultat ist eine eigenständige Klasse e i n z e l n e r Verfügungsgruppen mit befriedigender Wirkung.

Da eine derartige Sonderung gewisser befriedigender

1) Vgl. Jauernig, ZZP 79, 321 (331); Schuler NJW 1959, 1801 (1802)

2) Vgl. Güthe ZZP 24, 346 (387); Huchthausen, a.a.O. S. 70, 96 f.

3) Siehe oben S. 21, Fußn. 4)

4) Vgl. die Zusammenstellung bei Finken a.a.O. S. 34 ff., 53 ff.

5) Vgl. z.B. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Bem. 2 B vor § 916; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 119 III 2, 3; Hamelbeck ZZP 55, 233 f.

Verfügungen von der Regelungsverfügung des § 940 ZPO aber weder vom Wortlaut des Gesetzes noch seinem Sinne nach gefordert wird¹⁾, soll ihr hier auch nicht gefolgt werden. Die Zulassung einer gänzlich neuen Kategorie einstweiliger Verfügungen extra bzw. praeter legem erschiene nämlich allenfalls dann nötig, wenn die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Typen an zu enge Voraussetzungen geknüpft wären und den praktischen Bedürfnissen auch bei weiter Auslegung nicht mehr Rechnung zu tragen vermöchten. Das Gegenteil ist der Fall; § 940 ZPO zeichnet sich aus durch eine geradezu generalklauselhafte Weite, nötigt also keinesfalls zu systemsprengenden Weiterungen, zumal deren innere Rechtfertigung auch bei argumentationsimmanenter Betrachtung brüchig wird, wenn der Befriedigungswirkung mitunter Beachtung geschenkt wird, mitunter aber auch nicht.

Die danach verbleibenden Klassen der Sicherungsverfügung (§ 935 ZPO) und der Regelungsverfügung (§ 940 ZPO) werden gleichwohl die gesetzlich vorgesehene Schranke der Einstweiligkeit auch bei einer etwaigen Anwendung gegen Maßnahmen des Arbeitskampfes zu wahren haben.

d) Neuerdings wird von Leipold²⁾, der die bisher übliche Einteilung wegen der Unterschiedlichkeit der verwendeten Einteilungskriterien zu Recht angreift³⁾, ein bisher noch nicht aufgetauchter Gruppierungsvorschlag gemacht: §§ 935, 940 ZPO sollen sich danach zu einer umfassenden Generalklausel für den Erlaß einstweiliger Verfügungen ergänzen.

1) Vgl. oben b) sowie etwa Jauernig ZZP 79, 321 (331)

2) Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971, S. 105 ff., 224

3) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 109

Innerhalb dieser Generalklausel ließen sich nach Leipold Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen unterscheiden, wobei Abgrenzungskriterium die Art der abzuwehrenden Gefahr sei.

Die - auch hiernach nicht von vorneherein unzulässige - Verfügung mit befriedigender Wirkung kann grundsätzlich in allen drei Gruppen auftreten, insbesondere aber als Angriffs- und Abwehrverfügung.¹⁾

Soll beurteilt werden, ob und gegebenenfalls auf welcher Rechtsgrundlage einstweilige Verfügungen gegen Streiks zulässig sind, so bedarf es zunächst eines Überblickes über die typischerweise in der Praxis erstrebten Maßnahmen.

2. Die Fallgruppen der in der Praxis üblichen einstweiligen Verfügungen gegen Streiks

a) Entsprechend der Thematik der vorliegenden Arbeit und ihrer Problemabgrenzung sind vorab all diejenigen Fälle auszuscheiden, in denen sich die Arbeitgeberseite nur gegen einzelne Maßnahmen des Arbeitskampfes wendet, die sie als Exzesse empfindet, im übrigen aber nicht gegen einen drohenden oder im Gang befindlichen Streik prinzipiell vorgehen will.

Diese mit dem Schlagwort "Exzeßverbote" zu umschreibenden Verfügungen begegnen in Rechtsprechung²⁾ und Literatur³⁾ durchweg⁴⁾ keinen ernsthaften Bedenken; sie

1) Vgl. Leipold a.a.O. S. 113 f.

2) Vgl. z.B. OLG Stuttgart SchliW 23, 77; OLG Dresden JW 21, 760; LAG Hannover BB 1953, 590; OLG Frankfurt NZfA 22, 454; LAG München BB 1954, 593

3) Vgl. sämtliche in der Einleitung referierten Äußerungen bis auf Hoffmann AuR 1968, 33

4) Nur Hoffmann AuR 1968, 33 (50) formuliert kategorisch.

dienen im wesentlichen der Realisation des Grundsatzes der fairen Kampfführung¹⁾ und könnten zu Bedenken nur dann Anlaß geben, wenn die aus diesem Begriff abgeleiteten Regeln überspannt würden. Erst wenn auf diese mittelbare Weise dem Arbeitskampf "die Zähne ausgebrochen" werden sollten, wäre es an der Zeit, derartige Verfügungen anderen an die Seite zu stellen, die sich gegen den Arbeitskampf a l s s o l c h e n richten.

b) Die mithin für die Untersuchung verbleibenden einseitigen Verfügungen lassen sich im Hinblick auf die verschiedenen infrage kommenden Verfügungsansprüche nach ihrem Zweck in zwei Gruppen gliedern:

(1) Verfügungen zur V e r h i n d e r u n g d e r
S t r e i k e i n l e i t u n g

Sie bezwecken, den Ausbruch eines Streiks zu verhindern und stellen daher Präventivmaßnahmen dar. Dabei kann es sich um Verbote handeln - etwa den Streik einzuleiten²⁾, einen Streik zu beschließen³⁾, eine Urabstimmung durchzuführen⁴⁾, zu Kampfmaßnahmen aufzurufen, Streikwilligen Unterstützung zu gewähren oder zu versprechen⁵⁾ - , aber auch um Gebote - etwa der Bildung einer Streikleitung entgegenzuwirken⁶⁾ oder gegen etwaige Friedensstörer mit satzungsmäßigen Mitteln vorzugehen. Auf die Formulierung der Verfügung kommt es nicht an. Denn häufig lassen sich Verbote auch als Gebote ausdrücken. Entscheidend ist das mit der Maßnahme verfolgte Ziel.

1) Vgl. zu diesem Begriff Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, 7. Aufl., S. 1005, 1028 ff.

2) Vgl. ArbG Lüneburg BB 1955, 897

3) Vgl. LAG Chemnitz Arb.Rspr. 1927, 52

4) Vgl. ArbG Köln BB 1964, 844

5) Vgl. LAG Hamm SAE 1956, 15

6) Vgl. LAG Chemnitz Arb.Rspr. 1927, 52

(2) Verfügungen zur Verhinderung der Streikfortführung

Sie bezwecken, einen bereits ausgebrochenen Streik so schnell wie möglich zu unterbinden. Zu dieser Kategorie einstweiliger Verfügungen sind daher alle Maßnahmen mit repressivem Charakter zu rechnen. Auch hier kommt es nicht auf die Fassung des Tenors an. Infrage kommen Verbote - etwa den Arbeitskampf fortzusetzen¹⁾, die Streikenden zu unterstützen²⁾ - oder Gebote - etwa den Streik abubrechen und weitere Kampfmaßnahmen zu unterlassen³⁾, die streikenden Arbeitnehmer zur Arbeit aufzufordern⁴⁾ oder gegen Friedensstörer mit satzungsmäßigen Mitteln vorzugehen.

Neben diese beiden Gruppen von Verfügungen, deren Abgrenzung durch den in Bezug auf den Streik verfolgten Zweck vorgenommen wird, noch eine dritte Gruppe von sogenannten "Einwirkungsgeboten"⁵⁾ zu setzen, erscheint als sinnwidrig. Eine ernsthafte Systematisierung muß sich stets am gleichen Kriterium orientieren. Es kann daher nicht angehen, zunächst genau wie hier die Einordnung vom verfolgten Zweck abhängig zu machen, dann aber ohne erkennbare Änderung der zugrundeliegenden Motivation darauf abzustellen, gegenüber welchen Personen

1) Vgl. LAG Hannover Westd. Arb.Rspr. 1956, 32; ArbG Neunkirchen und ArbG Saarbrücken, beide BB 1966, 738

2) Vgl. ArbG Lüneburg BB 1955, 897; LAG Hamm BB 1955, 605; ArbG Bremerhaven BB 1955, 865; LAG Hamm SAE 1956, 15

3) Vgl. ArbG Frankfurt a. M. BB 1951, 641

4) Vgl. ArbG Bremerhaven BB 1955, 865; LAG Hamm BB 1955, 605; ArbG Lüneburg BB 1955, 897

5) Vgl. Brändel, a.a.O., S. 19

sich das durch einstweilige Verfügung angeordnete Verhalten auswirken soll.¹⁾ Ein derartiges Verfahren bei der Systembildung muß sich den Vorwurf mangelnder Konsequenz gefallen lassen.

Die mit dem Stichwort "Einwirkungsgebote" angesprochene Erwägung, zur Wahrung des gefährdeten oder zur Wiederherstellung des gestörten Arbeitsfriedens bedürfe es häufig auch einer Einwirkung auf die Mitglieder der beteiligten Verbände, ist durchaus zutreffend. Indessen können alle in diesem Zusammenhang angeordneten Maßnahmen erfaßt werden durch Zuordnung zu einer der beiden herausgestellten Gruppen. Denn sämtliche "Einwirkungsgebote" aus Anlaß von Streiks verfolgen ebenfalls die beiden erwähnten Zwecke: Verhinderung der Streikeinleitung oder Unterbindung der Streikfortführung.

c) Mit dieser Einteilung nach dem verfolgten Zweck überkreuzt sich eine zweite, mehr formale. Sie knüpft daran an, ob die durch einstweilige Verfügung angeordnete Maßnahme ein Verbot oder ein Gebot enthält.

Entsprechend der streikabwehrenden Funktion der einstweiligen Verfügungen richten sich Verbote stets gegen friedensstörende oder -gefährdende Verhaltensweisen des Antragsgegners, Gebote sind gerichtet auf die Vornahme friedensfördernder Handlungen oder Unterlassungen.²⁾ Da aber Gebote und Verbote - wie bereits erwähnt - häufig gegeneinander austauschbar sind und oft lediglich von der Formulierung abhängen, dürfte die Bedeutung dieser Einteilung gering sein.

1) So aber Brändel, a.a.O., S. 18 f.

2) Ähnlich Brändel, a.a.O., S. 20

3. Welche der aufgezeigten Rechtsgrundlagen kommt für einstweilige Verfügungen gegen Streiks in Betracht?

a) Rechtsgrundlage und Normzweck

Wie oben dargestellt¹⁾, verfolgt § 935 ZPO den Zweck, die künftige Verwirklichung von Rechten zu sichern. Demgegenüber dienen die eben erörterten²⁾ typischerweise erstrebten und erlassenen Maßnahmen kaum jemals dem Zweck, nur die künftig noch zu betreibende Zwangsvollstreckung zu sichern. Dies wird nicht nur aus der Art der angeordneten Maßnahmen deutlich, sondern läßt sich darüber hinaus der Tatsache entnehmen, daß es höchst selten noch zu einem anschließenden Hauptverfahren kommt³⁾, das doch eine etwa zunächst nur gesicherte Rechtsverwirklichung in aller Regel erst herbeizuführen imstande wäre.

Vielmehr wird durch beide Gruppen der einstweiligen Verfügungen gegen Streiks, sowohl durch diejenigen zur Verhinderung als auch diejenigen zur Unterbindung eines Streiks, die Regelung eines einstweiligen Zustandes bezweckt. Ziel ist es in beiden Fällen, den Arbeitsfrieden einstweilen zu erhalten oder wiederzugewinnen. Die einstweiligen Verfügungen gegen Streiks entsprechen also der Zweckrichtung des § 940 ZPO, die gelegentlich geradezu als "Friedensschutz" umschrieben wird.⁴⁾

Aber auch bei einem Verständnis der §§ 935, 940 ZPO als Generalklausel⁵⁾ wird man sämtliche Verfügungen der in Streiks vorkommenden beiden Kategorien entweder den

1) S. 18 ff.

2) S. 24 ff.

3) Vgl. Hoffmann, AuR 1968, 33 sowie oben S. 2

4) Vgl. z.B. Baur, Studien, S. 29

5) Vgl. Leipold, a.a.O., S. 105 ff.

Abwehrverfügungen oder aber allenfalls den Angriffsverfügungen zuordnen können. Denn in allen erörterten Fällen geht es darum, drohende Eingriffe des Antragsgegners in die Rechtssphäre des Antragstellers zu verhindern (Abwehrverfügung)¹⁾ - etwa in den eingerichteten und ausgeübten Betriebsbetrieb - oder aber um die Erweiterung des derzeitigen Rechts- und Güterkreises des Antragstellers (Angriffsverfügung)²⁾ - etwa dann, wenn nach Ausbruch eines wilden Streiks aus tarifvertraglicher Nebenpflicht Einwirkungshandlungen der zuständigen Gewerkschaft auf ihre Mitglieder begehrt werden.

Auch nach dem Verständnis Leipolds handelt es sich jedenfalls nie um die Sicherung künftiger Anspruchswirklichkeit (Sicherungsverfügung). Es bleibt daher festzuhalten, daß die von einstweiligen Verfügungen gegen Streiks verfolgten Zwecke innerhalb eines als Generalklausel verstandenen Normenkomplexes der §§ 935, 940 ZPO den Kategorien von Abwehr- und Angriffsverfügung zugeordnet werden können.

b) Rechtsgrundlage und zulässige Maßnahme

Einstweilige Verfügungen gegen Streiks ordnen fast immer schon das an, was dem Antragsteller im Falle des Obsiegens in der Hauptsache zugesprochen würde. Sie haben also - gleichgültig, ob Verfügungen zur Verhinderung von Streikeinleitung oder -Fortführung - in aller Regel befriedigende Wirkung.³⁾

1) Vgl. Leipold a.a.O. S. 114

2) Vgl. Leipold a.a.O. S. 113

3) Vgl. Faupel, DB 1971, 816 (819); Brandel a.a.O. S. 98

Dies gilt nicht nur für die gegen Streiks häufigen Unterlassungsverfügungen - bei Unterlassungsansprüchen ist eine bloße Sicherung gar nicht möglich¹⁾ -, sondern auch für die Maßnahmen, die ein positives Tun anordnen. So handelt es sich in sämtlichen oben erwähnten Beispielsfällen²⁾ aus der Praxis schon um diejenige Leistung, die im Falle des Bestehens der Haupt- oder Nebenleistungsansprüche verlangt werden könnte.

Derartige Maßnahmen mit Befriedigungswirkung können aber nicht als Sicherungsverfügung nach § 935 ZPO erlassen werden. Denn nach weit überwiegender Meinung³⁾ schließt der Sicherungszweck des § 935 ZPO den Erlass befriedigender Verfügungen aus;⁴⁾ jedenfalls aber wären sie zur Erfüllung eines bloßen Sicherungszweckes nicht erforderlich und damit nach § 938 I ZPO nicht zulässig.⁵⁾

Dagegen ist es nicht von vorneherein ausgeschlossen, solche Verfügungen auf der Rechtsgrundlage des § 940 ZPO zu erlassen.⁶⁾

Auch auf der Grundlage der §§ 935, 940 ZPO als Generalklausel⁷⁾ könnten Verfügungen gegen Streiks erlassen

1) Vgl. Grunsky, Die auf Leistungserbringung gerichtete einstweilige Verfügung, JurA 1970, 724 (735); Leipold, a.a.O. S. 15

2) S. 25 ff.

3) Vgl. Baur, Studien, S. 52 sowie oben S. 19 Fußn. 3

4) Vgl. oben S. 19

5) So auch Finken, Die endgültige Vermögensverschiebung aufgrund einstweiliger Verfügung, Diss. Bochum 1970, S.63

6) S. o. S. 20 ff.; a.A. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Bem. 2 B vor § 916; A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 119 III, IV, die aber beide - anders als hier - eine außergesetzliche Kategorie von Leistungsverfügungen neben den Verfügungsverfügungen nach § 940 ZPO heranziehen, wobei diese dann allerdings Befriedigungswirkung haben.

7) Vgl. Leipold a.a.O. S. 105 ff.

werden, da es sich hierbei stets um Abwehr- oder allenfalls Angriffs-, nie aber Sicherungsverfügungen handelt.¹⁾

Aus Normzweck und zulässiger Maßnahme ergibt sich somit folgendes **Z w i s c h e n e r g e b n i s** : Für einstweilige Verfügungen gegen Streiks kommen nur entweder § 940 ZPO (Regelungsverfügung) oder - bei einem Verständnis der Normen als Generalklausel - §§ 935, 940 ZPO (Abwehr- oder Angriffsverfügung) in Betracht; § 935 ZPO (Sicherungsverfügung) muß nach Normzweck und zulässigen Maßnahmen für die weitere Betrachtung ausscheiden.

C. Gegenstand und Umfang der Prüfung im Bereich des
§ 940 ZPO und der §§ 935, 940 ZPO als Generalklausel

1. Der Gegenstand der Prüfung

a) Der Prüfungsgegenstand bei § 940 ZPO (Regelungsverfügung)

aa) Die Notwendigkeit der Regelung

Nach dem Wortlaut der Vorschrift ist Zulässigkeitsvoraussetzung des Erlasses einer einstweiligen Verfügung, daß die Regelung nötig erscheint. Diese Voraussetzung, die gemeinhin als **V e r f ü g u n g s g r u n d** bezeichnet wird, erachtet das Gesetz dann als erfüllt, wenn es - vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen - um die Abwendung wesentlicher Nachteile oder um die Verhinderung drohender Gewalt geht und die Frage der Erforderlichkeit bejaht werden kann.

1) Vgl. oben S. 23 f.

Das Gesetz geht zwar davon aus, daß eine einstweilige Verfügung auch "aus anderen Gründen" nötig sein könne, jedoch ist die Formulierung der "Abwendung wesentlicher Nachteile" so weit geraten, daß weder in der Rechtsprechung noch in der Rechtslehre jemals "andere Gründe" auftauchen.¹⁾ Der Begriff der Nachteilsabwendung ist bereits so umfassend, daß die "anderen Gründe" im Sinne des § 940 ZPO der an sich bloß beispielhaft aufgeführten "Abwendung wesentlicher Nachteile" gleichgesetzt oder zumindest als "ähnliche Gründe" aufgefaßt werden können.²⁾

Ob die Notwendigkeit der Regelung als besondere Voraussetzung neben einem etwa auch zu untersuchenden Rechtsschutzinteresse aufzufassen ist³⁾ oder ob sie eine besondere Form des im Rechtsschutzsystem stets anzutreffenden Rechtsschutzinteresses darstellt⁴⁾, braucht hier nicht entschieden zu werden. Diese letzte Vorstellung entspräche jedenfalls der häufiger anzutreffenden Erscheinung, daß auf das Erfordernis eines Rechtsschutzinteresses vom Gesetz besonders hingewiesen wird - so etwa in § 256 ZPO - oder sogar seine Voraussetzungen näher umschrieben werden - wie es etwa in § 259 ZPO, § 42 II VwGO geschieht.

Unsicher und immer noch umstritten ist darüber hinaus sogar

1) Vgl. Finken, Die endgültige Vermögensverschiebung aufgrund einstweiliger Verfügung, S. 145

2) Vgl. Huchthausen a.a.O. S. 84; Oppenheimer JW 1932, 3728; Gaul FamRZ 1958, 157 (161); Lent-Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 12. Aufl., München 1972, S. 124 ff.; Karl Blomeyer, ZZP 65, 52 (65)

3) So Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 917 Anm. 1 D; Baur, Studien, S. 77

4) Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, § 940 Anm. III; Neumann ZZP 59, 361; Steinberg, Streitfragen, S. 52; Schulte, Untersuchung, S. 75 ff.

die Frage¹⁾, ob die Notwendigkeit der Regelung der Zulässigkeit²⁾ oder der Begründetheit³⁾ des Antrages zuzurechnen ist. Der Streit berührt Grundfragen unseres Rechtsschutzsystems⁴⁾, die hier nur unter Verzicht auf hinreichende Durchdringung und um den Preis der Oberflächlichkeit entschieden werden könnten.

Es kann aber für die Zwecke dieser Arbeit mit der Feststellung des "kleinsten gemeinsamen Nenners" sein Bewenden haben, daß nämlich die Notwendigkeit der Regelung ohne Rücksicht auf ihren Standort im einzelnen jedenfalls eine Voraussetzung für den Erlass einstweiliger Verfügungen nach § 940 ZPO ist.

bb) Materiellrechtliche Voraussetzungen

§ 940 ZPO spricht von der Regelung eines einstweiligen Zustandes in bezug auf ein **s t r e i t i g e s**
R e c h t s v e r h ä l t n i s .

Dies wird von manchen so verstanden, daß es bei § 940 ZPO

-
- 1) Sie steht mit der eben aufgeworfenen insofern im Zusammenhang, als die Zuordnung des Kriteriums zum Rechtsschutzinteresse nicht möglich ist, ohne sich damit gleichzeitig in den Bereich der Zulässigkeit zu begeben. Bei abweichender Beantwortung der ersten Frage bleibt aber die weitergehende zweite offen.
 - 2) So Schulte, a.a.O. S. 75 ff.; Rosenberg, Lehrbuch § 211 IV 2 a; Brändel, a.a.O. S. 70; Thomas-Putzo, ZPO, 2.Aufl., § 916 Anm. 1; Lent-Jauernig, a.a.O. S. 117 (für den Arrestgrund); Neumann ZZP 59, 321 (371)
 - 3) So Rintelen, Die einstweilige Verfügung, 1905, S. 139; Schöne-Baur, Zwangsvollstreckung, 7. Aufl., 1963, § 44 II; K. Blomeyer ZZP 65, 526 (561 ff.); J. Blomeyer, Die Unterscheidung von Zulässigkeit und Begründetheit bei der Klage und beim Antrag auf Anordnung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung, ZZP 81, 20 (45); Baur, Studien, S. 77
 - 4) Vgl. Jürgen Blomeyer, ZZP 81, 20; Baur, Studien, S. 76 ff.

gar nicht um den Schutz privater Rechte gehe, sondern diese Norm im öffentlichen Interesse zu rechtspolizeilichen Maßregeln ermächtige.¹⁾ Als Begründung dafür werden das weitgehende Fehlen materieller Rechtskraft²⁾ sowie die Gestaltungsfreiheit des Richters nach §§ 938, 940 ZPO³⁾ geltend gemacht. Folgte man dieser Auffassung, so könnte es konsequenterweise auf das Vorliegen privatrechtlicher Ansprüche oder Rechte nicht ankommen.

Mit spezieller Blickrichtung auf den Arbeitskampf wird gegen das Ergebnis dieser Meinung eingewandt⁴⁾, ein Arbeitskampf störe oftmals die öffentliche Ordnung und sei vom öffentlichen Interesse aus betrachtet schädlich; der Erlaß einer einstweiligen Verfügung wäre also stets zulässig ohne Rücksicht auf Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Arbeitskampfes.

Darüber hinaus ist aber die Argumentation der geschilderten Auffassung prozessual anfechtbar. So hat Baur⁵⁾ eingehend nachgewiesen, daß auch den Entscheidungen über den Erlaß einstweiliger Verfügungen bei der gebotenen pragmatischen Fassung des Begriffes Rechtskraft zugesprochen werden kann, wobei es nicht schadet, daß jede vorläufige Maßnahme gleichsam die *clausula rebus sic stantibus* mit sich trägt, wie dies etwa auch der Verur-

1) Vgl. Peters, Der Arrest und die einstweilige Verfügung nach Preußischem Recht, Berlin 1884, S. 81; ähnlich Schulte, a.a.O., S. 7, 67 ff. und Stein-Jonas-Schönke-Pohle, ZPO, 18. Aufl. 1956, Anm. III vor § 916; Cohn, JW 1915, 1421 (1424); Arwed Blomeyer, ZivilprozeßBrecht, § 119 V 1; Hoffmann, AuR 1968, 33 (48 ff.)

2) Vgl. A. Blomeyer, ZivilprozeßBrecht, § 119 V 1; Cohn, JW 1915, 1421

3) Vgl. Hoffmann, AuR 1968, 33 (48 f.)

4) Vgl. Brändel, a.a.O., S. 36 ff.

5) Studien, S. 86 ff.

teilung auf künftig fällig werdende Leistungen eigen ist (§ 323 ZPO)¹⁾. Gegen die dargelegte Bewertung der richterlichen Gestaltungsfreiheit wird zu Recht angeführt²⁾, bei dem Ermessen nach §§ 938, 940 ZPO handele es sich nicht um ein solches des "Ob", sondern nur des "Wie"; im übrigen ist es in der Tat unzulässig, wegen des im einstweiligen Rechtsschutzakt - wie auch in anderen richterlichen Hoheitsakten - enthaltenen Gestaltungselementes den zugrundeliegenden Feststellungsakt einfach zu übergehen.³⁾

Gegen die Qualifikation als rechtspolizeiliche Maßnahme lassen sich weiterhin die Antragserfordernisse (§§ 936, 920, 937 ZPO) ins Feld führen⁴⁾, die bei bloßer Wahrung öffentlicher Interessen dem Officialprinzip dieses Rechtskreises zuwiderliefen. Daß im Falle der Rechtswidrigkeit der angeblich rechtspolizeilichen Maßnahme nach § 945 ZPO eine Privatperson schadensersatzpflichtig würde, mutet ebenfalls befremdlich an.⁵⁾

Aber auch aus der Stellung der Vorschrift und ihrem Zusammenhang mit den übrigen Arten des vorläufigen Rechtsschutzes ergibt sich, daß Zweck des § 940 ZPO der Schutz streitiger privater Rechtsverhältnisse ist⁶⁾ - was nicht ausschließt, daß dieser Schutz privater Interessen mehr oder weniger auch im öffentlichen Interesse erfolgt.⁷⁾

1) Vgl. Baur, Studien, S. 92

2) Vgl. Jürgen Blomeyer, ZZP 81, 20 (42)

3) Vgl. Jürgen Blomeyer, ZZP 81, 20 (41 f.)

4) Vgl. Brändel, a.a.O., S. 37

5) So zutreffend Brändel, a.a.O., S. 38

6) Vgl. Jürgen Blomeyer, ZZP 81, 20 (38)

7) Vgl. Jürgen Blomeyer, ZZP 81, 20 (42);
Baur, Studien, S. 5, 34

Es muß daher ein Rechtsverhältnis vorliegen, über das Streit herrscht. Damit ist jedoch noch nicht geklärt, welcher Art das vorausgesetzte Rechtsverhältnis sein muß.

Die ältere Literatur forderte hierfür einen materiellen Anspruch;¹⁾ nach zahlreichen neueren Stimmen²⁾ kann dagegen wegen des besonderen Zweckes des § 940 ZPO nicht ausnahmslos ein materieller Anspruch verlangt werden, vielmehr begnüge sich die Norm auch mit einer Anspruchsgrundlage oder der Grundlage eines Gestaltungsrechtes, also damit, daß der Antragsteller eine absolute oder relative oder eine sonstige Rechtsposition innehat, die zur Erzeugung von Ansprüchen gegen den Antragsgegner oder von Gestaltungsrechten tauglich sei.

Nun ist zwar Brändel³⁾ zuzugeben, daß derartige Formulierungen wenig griffig sind. Ihre mangelnde Prägnanz mag auch eine vorsichtige Neigung⁴⁾ zur Besinnung auf die Ansicht Güthes⁵⁾ verständlich erscheinen lassen, wonach sowohl § 940 wie § 935 ZPO einen Anspruch voraussetzen und der Unterschied der Normen nur darin zu suchen sei, daß § 935 ZPO der Gefahr eines völligen Unterbleibens der Erfüllung, § 940 ZPO dagegen der Gefahr verzögerlicher Erfüllung vorbeugen wolle.

1) Vgl. Güthe ZZP 24, 366; Hellwig-Oertmann, System des deutschen Zivilprozeßrechtes Bd. II, Leipzig 1919, S. 455; Eichhorn, a.a.O., S. 55; Merkel, Über Arrest und einstweilige Verfügungen, S. 222; Hein, Handbuch der Zwangsvollstreckung, 1914, S. 598; Peters, Gruch. Beitr. 29, 334 (360)

2) Vgl. exemplarisch Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. I zu § 940; Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 940 Anm. 2; vorher schon Schulte a.a.O. S. 67; Förster-Kann § 940 Anm. 2; Ortman, a.a.O. S. 30; Steinberg, Streitfragen, S. 22

3) a.a.O. S. 39

4) Vgl. z.B. J. Blomeyer, ZZP 81, 20 (38 f.)

5) ZZP 24, 366

Indessen ist der richtige Weg wohl nicht beschritten, wenn aus Flüchtigkeiten und - durchaus vermeidbaren - Ungenauigkeiten einiger Vertreter der neueren Meinung im Bereiche der Auslegung des § 945 ZPO sofort geschlossen wird¹⁾, der Ansatz der neueren Meinung sei unhaltbar. Insbesondere etwa im Hinblick auf die Subsumtion von Gestaltungsklagerechten unter den Begriff der "Rechtsverhältnisse"²⁾ i.S.d. § 940 ZPO bedürfte ein Zurückgehen auf die Gleichsetzung von Rechtsverhältnis und materiellrechtlichem Anspruch wohl einer tiefergehenden Begründung.

Für die Beantwortung der Frage nach dem Gegenstand richterlicher Prüfung beim Erlaß einstweiliger Verfügungen gegen Streiks bedarf es jedoch keiner - wohl notwendig gewaltsamen - Lösung des aufgezeigten Problems.

Ermöglicht wird diese Zurückhaltung dadurch, daß die Vertreter einer weiten Interpretation des Begriffes des "Rechtsverhältnisses" jedenfalls dann, wenn es um die vorwegnehmende Erfüllung von Ansprüchen geht, die Vorausprüfung dieser Ansprüche auch verlangen.³⁾

Da die im Wege einstweiliger Verfügungen beantragten und erlassenen Maßnahmen gegen Streiks aber gerade zur Kategorie der Verfügungen mit Befriedigungswirkung gehören⁴⁾, läßt sich wenigstens für die hier interessierende Anwendbarkeit des § 940 ZPO gegen Streiks festhalten, daß nach ganz überwiegender Meinung die Schlüssigkeit des materiellrechtlichen Anspruches zu prüfen ist.

1) So Brändel, a.a.O. S. 40 f.

2) Vgl. etwa Baur, Studien, S. 30 f.

3) Vgl. etwa Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. IV 1, 4 vor § 935; Baur, Studien, S. 33

4) Vgl. oben S. 29 f.

Daraus ergibt sich, daß insbesondere die Rechtswidrigkeit des gegnerischen Streiks vom Richter zu würdigen ist, weil ohne ihr Vorliegen Ansprüche nicht denkbar sind.¹⁾ Dabei kann die Rechtswidrigkeit vielgestaltige materiell-arbeitsrechtliche Gründe haben; so kann sie sich unter anderem etwa aus mangelnder Sozialadäquanz²⁾, aber auch aus bloßer Tarifwidrigkeit³⁾ ergeben. Hierauf müßte sich die Prüfung nach bisheriger Meinung erstrecken.

Diese Auffassung, wonach für den Erlaß einstweiliger Verfügungen gegen Streiks nach §§ 940 ZPO, 62 II ArbGG die Notwendigkeit zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt (Verfügungsgrund) u n d ein entsprechender Anspruch (Verfügungsanspruch) zu prüfen sind, war bis vor kurzem unangefochten. Erst Leipold⁴⁾ stellte diese überkommene Betrachtungsweise grundsätzlich in Frage.

b) Der Prüfungsgegenstand bei §§ 935, 940 ZPO, gesehen als Generalklausel

Nach Leipold läßt sich der Zivilprozeßordnung keine eindeutige Antwort auf die Frage entnehmen, welche Bedeutung der materiellrechtlichen Vorausprüfung im Verfahren der einstweiligen Verfügung zukommt.⁵⁾ Die Mehrdeutigkeit des Gesetzes im Hinblick auf das Vorausprüfungsproblem habe unter

1) Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. VII 3 vor § 935; Brändel, a.a.O. S. 36

2) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, S. 1000 ff.

3) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, S. 1014 f.; a.A. etwa Galperin in Festschrift für Nipperdey 1965 Bd. II S. 209

4) Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971

5) Leipold, a.a.O. S. 82

anderem ihre Ursache¹⁾ auch in einer Mehrdeutigkeit des Begriffes der Glaubhaftmachung.²⁾

Da die Zivilprozeßordnung die ausschließliche Anerkennung vorausprüfender Eilentscheidungen nicht fordere, habe sich die Auslegung an der doppelten Zweckrichtung des einstweiligen Rechtsschutzes zu orientieren, zum einen der Verhinderung eindeutigen Unrechtes, zum anderen der Gewährung interessengerechter Zwischenregelungen.³⁾

Daraus leitet Leipold ab, die umfassende Generalklausel der §§ 935, 940 ZPO⁴⁾ müsse unter Anlehnung an das verfassungsgerichtliche Verfahren nach § 32 I BVerfGG⁵⁾ interpretiert werden als Grundlage eines zweiseitigen einstweiligen Rechtsschutzes.

Sie ermächtige zum einen zu sogenannten "offenen Verfügungen". Das sind solche, für deren Erlaß die Hauptsache nur insofern anzuprüfen ist, daß dem Gericht aufgrund des Parteivorbringens der Bestand des Hauptsacherechtes nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite als möglich bzw. nicht als unzweifelhaft ausgeschlossen erscheint.⁶⁾ Der Prüfungsschwerpunkt liegt bei solchen Verfügungen indessen bei der vom Gericht vorzunehmenden Interessenabwägung. Diese dem Verfügungsgrund entsprechende Prüfungstation sei zu bejahen⁷⁾, wenn die Nachteile, die dem

1) Dazu sogleich unten 2.

2) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 64 ff.

3) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 83 ff.

4) Vgl. oben S. 23

5) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 28 ff., 175 ff.

6) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 94 ff.

7) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 96

Antragsteller bei Unterbleiben der beantragten Verfügung trotz materieller Berechtigung erwachsen, schwerer wiegen als diejenigen, die der Antragsgegner zu gewärtigen hat, obwohl später vielleicht das behauptete Recht des Antragstellers verneint wird.¹⁾

Zum anderen dient nach Leipold die Generalklausel aber auch als Ermächtigung zu sogenannten "materiellakzessorischen Verfügungen", die nicht aufgrund einer Interessenabwägung erlassen werden, sondern aufgrund einer in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht eingehenden materiellrechtlichen Vorausprüfung.²⁾

Zu dieser neuartigen Sicht des Prüfungsgegenstandes als Teilaspekt der Leipoldschen Lehre isoliert Stellung zu beziehen, erschiene allerdings verfehlt. Denn zieht man die im Zusammenhang mit der Beschreibung des Prüfungsgegenstandes bei § 940 ZPO als Regelungsverfügung einerseits, §§ 935, 940 ZPO als Generalklausel eines zweispurigen Rechtsschutzes andererseits aufscheinenden Diskrepanzen in Betracht, so liegt die Vermutung nahe, daß auch die Auffassung über den Umfang der vom Richter zu veranstaltenden Prüfung von der überkommenen verschieden ist.

2. Der Umfang der Prüfung

Nach §§ 936, 920 II ZPO sind Verfügungsgrund und -Anspruch glaubhaft zu machen. In einer Reihe von Fällen verzichtet das materielle Recht auf die Glaubhaftmachung des Verfügungsgrundes³⁾, im Falle des § 921 II S. 1 kann sowohl die

1) Ähnlich - trotz ansonsten traditioneller Betrachtungsweise - schon Güthe, ZZP 24, 338 (388 ff.)

2) Vgl. Leipold, a.a.O., S. 96 ff.

3) Vgl. z.B. §§ 489, 885 I S. 2, 899 II S. 2 BGB; 25 UWG; 11 II S. 2, 21 II S. 2 SchiffsG; 4 VI S. 2 MSchuG

Glaubhaftmachung des Anspruches wie des Grundes unter besonderen Voraussetzungen durch Sicherheitsleistung für die dem Gegner drohenden Nachteile ersetzt werden.

Was mit diesem Begriff der Glaubhaftmachung gemeint ist, wird weder von §§ 936, 920 II ZPO noch von § 294 ZPO klar umrissen. § 920 II ZPO spricht nur davon, daß Anspruch und Arrestgrund - entsprechend Verfügungsgrund und -Anspruch (§ 936 ZPO) - glaubhaft zu machen sind. § 294 ZPO, der bei wörtlichem Verständnis nur die Glaubhaftmachung **t a t s ä c h l i c h e r B e h a u p t u n g e n** betrifft, dehnt in Absatz 1 die zugelassenen Beweismittel auf die eidesstattliche Versicherung aus, läßt durch Absatz 2 andererseits nur präsen- te Beweismittel zu.

Was Glaubhaftmachung letztlich bedeutet, ist damit noch nicht erläutert und läßt sich aus dem Gesetz allenfalls schlußfolgern.

a) Die herrschende Meinung¹⁾ wendet ohne Zögern § 294 ZPO auf die Glaubhaftmachung von Anspruch und Grund nach §§ 936, 920 II ZPO an. Entsprechend dem Wortlaut des § 294 ZPO wird dabei die Glaubhaftmachung auf die **t a t s ä c h l i c h e** Seite von Verfügungsanspruch und -Grund beschränkt.

Der Begriff der Glaubhaftmachung selbst wird gesehen als Gegensatz zum vollen Beweis, der richterliche Überzeugung voraussetzt (§ 286 ZPO); wer eine Behauptung glaubhaft machen muß, habe anstelle voller Überzeugung dem Gericht nur eine mehr oder weniger große Wahrscheinlichkeit der Behauptung zu vermitteln.

1) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, Anm. 2 zu § 920;
Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. II 2 a zu § 920;
Baumbach-Lauterbach, ZPO, Anm. 2 zu § 920

Die Anforderungen an den Grad der erforderlichen Wahrscheinlichkeit schwanken dabei recht stark und reichen von "überwiegender Wahrscheinlichkeit"¹⁾ über einen "geringeren Grad von Wahrscheinlichkeit"²⁾ bis zur "groben Wahrscheinlichkeit"³⁾, ja sogar "guten Möglichkeit des Geschehens"⁴⁾.

b) Demgegenüber wies Leipold neuerdings⁵⁾ nach, daß die Bestimmung der Zivilprozeßordnung über die Glaubhaftmachung ihre einzelnen Elemente recht unterschiedlichen Ursprüngen verdankt und daß eine Definition des Begriffes selbst wohl deshalb unterblieb, weil im 19. Jahrhundert das Wesen von Glaubhaftmachung, "Bescheinigung" und summarischem Beweis hoffnungslos umstritten war. Leipold schließt daraus, daß der undefinierte Begriff nicht vor-schnell in einer Richtung festgelegt werden dürfe, sondern daß zumindest all die Meinungen, die durch Aufnahme einzelner ihrer Elemente in die ZPO Beachtung gefunden haben, vor einer endgültigen Fixierung des Begriffsinhaltes zu konsultieren seien.

(1) Die der heute herrschenden Meinung zugrunde liegende Lehre von der Bescheinigung⁶⁾ sah die Natur des summarischen Beweises darin, daß hier anstelle der sonst erforderlichen Gewißheit bloße Wahrscheinlichkeit ausreiche.

1) So Stein-Jonas-Schumann-Leipold, ZPO, Anm. III 2 zu § 294

2) So Thomas-Putzo, ZPO, Anm. 1 zu § 294

3) So Wieczorek, ZPO, Anm. A II zu § 294

4) So Wieczorek, ZPO, Anm. D III zu § 282

5) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 66 ff.

6) Vertreten etwa von v. Savigny, Friedrich Carl, Vermischte Schriften, 2. Bd., Berlin 1850, S. 243 ff.

(2) Anderer Ansicht nach¹⁾ lag das Besondere des summarischen Beweises nicht in einer Abschwächung der Anforderungen an die Qualität der Beweisgründe, sondern in der Beschränkung auf unverzüglich verwertbare Beweismittel. Auf dieser *q u a n t i t a t i v* beschränkten Grundlage - wie sie auch in § 294 II ZPO zum Ausdruck kommt - sei eine Zurücksetzung der Qualitätsanforderungen nicht zu dulden, die präsenten Beweismittel müßten also die volle Überzeugung des Richters begründen können.

(3) Aber auch noch ein drittes Verständnis des Begriffes der Glaubhaftmachung ist - wie Leipold a.a.O. S. 68 darlegt - durchaus möglich. Geht man von der Zulassung der eidesstattlichen Versicherung (§ 294 I ZPO) aus, so kann in der Glaubhaftmachung nicht mehr als die Erbringung einiger Anhaltspunkte erblickt werden. Denn eine eidesstattliche Versicherung kann, für sich genommen, in aller Regel weder Überzeugung noch überwiegende Wahrscheinlichkeit begründen, sondern nur eine Gewähr dafür bieten, daß die entsprechende Partei nicht wider besseres Wissen falsche Behauptungen aufstellt. Das lasse sich auch aus dem Zusammenhang zwischen der Glaubhaftmachung und dem früheren Calumnieneid ableiten.²⁾

Angesichts der auffälligen Kargheit, mit der die Zivilprozeßordnung den Begriff der Glaubhaftmachung behandelt, wird es in der Tat unumgänglich sein, die schillernde Mehrdeutigkeit des undefinierten Begriffes zu akzeptieren. Zumindest die aufgezeigten drei Deutungsmöglichkeiten, die sich sämtlich auf Anhaltspunkte im geltenden Gesetzwortlaut berufen können, verdienen daher Zulassung zum Kreis der *p r o z e s s u a l m ö g l i c h e n* Deutungsweisen.

1) So Briegleb, Hans Karl, Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse, Leipzig 1859, S. 304 ff., 375 ff.

2) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 68

Ob sie auch im Rahmen einer Anwendung auf die spezielle Problematik des Arbeitskampfes gleichberechtigt denkbar erscheinen, ob also auch vor Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen einen Streik die richterliche Prüfung der Voraussetzungen sich *wahlweise* mit einer der drei doch recht konträren Auffassungen begnügen darf, wird bei Erörterung der Auswirkungen der Kampffreiheit eingehend zu prüfen sein.

Zunächst aber ist von einem rein prozessualen Standpunkt aus darzulegen, wie sich die - bislang, soweit ersichtlich, nicht widerlegte¹⁾ - Mehrdeutigkeit des Begriffes der Glaubhaftmachung auf den von Leipold geforderten zweispurigen Rechtsschutz²⁾ auswirkt.

Im Bereich der "offenen Verfügung" beschränkt sich die Hauptsacheprüfung auf die Feststellung, ob aufgrund des tatsächlichen Vorbringens nach kursorischer rechtlicher Würdigung der Bestand des Hauptsacherechtes *möglich erscheint*; es wird also sowohl auf Tatfragen wie auf Rechtsfragen obige Ansicht (3) von der Glaubhaftmachung angewandt, wonach es nur um die Erbringung einiger Anhaltspunkte geht.³⁾

Der Schwerpunkt der Prüfung liegt hier bei der Abwägung der Interessen. Danach ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles abzuwägen, welche Nachteile dem Antragsteller erwachsen, wenn die einstweilige Verfügung unterbleibt und sich sein Hauptsacheanspruch später als gerechtfertigt erweist; andererseits ist

1) Vgl. die ersten Stimmen zu den Darlegungen Leipolds: Renck in NJW 1972, 1409; Wolfgang Grunsky in ZZP 85 (1972), 359; Bespr. (ohne Verfasserangabe) in JA 1972, ZivilR. S. 243

2) Vgl. oben S. 38 ff.

3) Vgl. hierzu Leipold, a.a.O. S. 94 ff.

zu berücksichtigen, welche Einbußen der Antragsgegner an seinen Rechtsgütern erleiden muß, wenn eine Verfügung erlassen wird, obwohl später das behauptete Recht des Antragstellers zu verneinen ist.¹⁾

Ganz anders soll es sich im Felde der "materiell-akzessorischen Verfügung" verhalten. Sie soll nicht aufgrund einer Interessenabwägung erlassen werden, sondern soll das Interesse des Antragstellers nur dann und nur insofern bevorzugen, als das Recht eindeutig auf seiner Seite ist. Die Anforderungen an die tatsächliche und rechtliche Feststellbarkeit müssen notwendig streng sein.

Im Bereich der Rechtsfrage sei zu fordern, daß ein begründeter Zweifel nicht möglich sei. Im Bereich der tatsächlichen Grundlagen wird Glaubhaftmachung nicht als Nachweis einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit verstanden, sondern im Sinne der obigen Ansicht (2). Es müßten also die präsenten Beweismittel die volle Überzeugung des Richters von der Wahrheit der tatsächlichen Behauptungen zu begründen vermögen.²⁾

Damit stehen sich die Ansichten scheinbar recht fremd gegenüber, ohne daß es im Rahmen dieser Arbeit möglich wäre, die Berechtigung oder Nichtberechtigung der beiden geschilderten Richtungen für *a l l e* Anwendungsgebiete des Zivilprozeßrechtes abschließend zu entscheiden. Wohl aber wird im weiteren Gang der Erörterung zu versuchen sein, die Möglichkeiten einstweiliger Verfügungen in Arbeitskämpfen, speziell gegen Streiks, in Zulässigkeit und Voraussetzungen zu erfassen. Dabei

1) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 96

2) Vgl. Leipold, a.a.O. S. 97 ff.

werden sich möglicherweise Einschränkungen oder Präzisionen allein aus Gründen des materiellen Arbeitskampfrechtes oder des Verfassungsrechtes ergeben, die eine hier notwendig oberflächliche Entscheidung auf rein prozessualen Gebiet erübrigen könnten.

D. Fehlt es bei drohendem oder im Laufe befindlichem Streik generell oder in gewissen Fallgruppen an der Notwendigkeit einer Regelung?

1. Die Notwendigkeit einer Regelung, solange nicht alle Maßnahmen des Abwehrkampfes als Mittel der Notwehr oder Selbsthilfe erschöpft sind.

Die Abwehr eines rechtswidrigen Streiks durch eine kollektive Kampfmaßnahme ist ihrerseits rechtmäßig.¹⁾ Dies ergibt sich schon aus der Überlegung, daß ein gegenwärtiger rechtswidriger kollektiver Angriff im Rahmen des Erforderlichen auch durch kollektive Verteidigungsmaßnahmen abgewehrt werden können muß. Es handelt sich dann nur um eine Anwendung der Notwehrgrundsätze auf das Arbeitskampfrecht.²⁾

Anderen Ortes³⁾ findet sich die Formulierung, das Arbeitskampfrecht sei insgesamt eine Art "Selbsthilferecht im weiteren Sinne".

Auf derartigem Hintergrund mag es prima facie verständlich erscheinen, wenn bisweilen⁴⁾ im Zusammenhang mit einstweiligen Verfügungen behauptet wird, die Notwendigkeit einer gerichtlichen Regelung fehle, solange dem angegriffenen

1) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 151 ff.; Siebrecht, Recht im Arbeitskampf, S. 82; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 2, S. 335

2) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2 S. 1034

3) Vgl. Schnorr von Carolsfeld, Lehrbuch, S. 322

4) Vgl. z.B. Brändel, a.a.O. S 80 f.

Teil - also dem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband - noch Möglichkeiten des Abwehrkampfes zu Gebote stünden.

Dennoch erweist sich diese Auffassung bei näherem Zusehen als nicht stichhaltig.

Zunächst versagen Mittel des Abwehrkampfes vollständig, wenn es um die Abwehr eines bloß drohenden Streiks geht; würde ein Arbeitgeber rein prophylaktisch das Mittel der Aussperrung anwenden, um einem etwa bevorstehenden Streik durch eine Geste der Stärke die Spitze abzubreaken, so würde er in der Regel nicht einem bereits gegenwärtigen Angriff begegnen, sodaß eine Berufung auf Notwehr ohnehin ausschiede.

Hat ein rechtswidriger Streik bereits begonnen, so könnte sich ein Arbeitgeber zwar u.U. für Abwehrmaßnahmen auf Prinzipien der Notwehr oder der Selbsthilfe berufen. Für einen Schluß hiervon auf die Subsidiarität einer gerichtlichen Regelung fehlen aber nichtsdestoweniger die Voraussetzungen; denn das mit dem Abwehrkampf verfolgte Ziel ist verschieden von demjenigen, welches mit einer einstweiligen Verfügung verfolgt wird.

Greift ein Arbeitgeber zu Mitteln des Abwehrkampfes, so akzeptiert er den Kampf und will ihn durch Besiegen des Gegners durchstehen. Wendet sich ein Arbeitgeber jedoch mittels einstweiliger Verfügung gegen einen von ihm für rechtswidrig gehaltenen Streik, so akzeptiert er den Kampf gerade nicht; er will sich dann den Kampf nicht aufzwingen lassen, ihn nicht seinerseits kämpfend durchstehen, sondern will dem Streik repressiv durch Entwaffnung des Gegners begegnen, weil er den Kampf umgehen möchte. Zur Erreichung dieses Befriedigungszieles aber kann er nicht auf die vielleicht ebenfalls mögliche Abwehraussperrung verwiesen werden, die zunächst Kampf bedeuten würde.

Aber auch wenn man diesen Unterschied der Zwecke von Abwehrkampf und einstweiliger Verfügung außer acht ließe, müßte die hier kritisierte Auffassung ein weiteres Bedenken ausräumen. Würde man nämlich ernsthaft annehmen, der Antragsteller habe sich gegenüber rechtswidrigen Kampfmaßnahmen des Gegners primär selbst zu helfen, so hätte man die berufenen Grundsätze von Notwehr und Selbsthilfe unbemerkt längst verlassen. Man würde dann nämlich behaupten, ein Gericht könne den Rechtsschutz Suchenden auf sein Notwehrrecht verweisen, die Staatshilfe andererseits könne davon abhängig gemacht werden, daß Selbsthilfe nicht möglich sei.

Den Beweis für die Richtigkeit derartiger Subsidiaritätssätze im Arbeitskampfrecht hat - soweit ersichtlich - niemand erbracht. Er wäre aber unbedingt erforderlich; denn unser ansonsten geltendes Recht wird von den Umkehrungen dieser Sätze beherrscht.

Die Möglichkeit eines Abwehrkampfes läßt daher die Notwendigkeit einer gerichtlichen Regelung nicht entfallen.

2. Die Notwendigkeit einer Regelung, wenn die einstweilige Verfügung von einem Arbeitgeberverband beantragt wird

Eine Regelung ist nach § 940 ZPO notwendig, wenn durch Kampfmaßnahmen des Gegners dem Antragsteller selbst wesentliche Nachteile drohen.¹⁾

Stellt ein Verband den Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, so werden in der Regel nicht ihm selbst

1) Vgl. Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. III 1 zu § 940; RG JW 1905, 155

durch den drohenden Streik wesentliche Nachteile ins Haus stehen. Ist dies allerdings ausnahmsweise der Fall, so läßt sich der Erlaß der Verfügung nicht von vorneherein deshalb ablehnen, weil nicht ein einzelner Arbeitgeber, sondern ein Arbeitgeberverband den Antrag gestellt hat.

Schwieriger zu entscheiden ist der Regelfall, daß ein Arbeitgeberverband als Wahrer der Interessen seiner Mitglieder auftritt, sich also nicht auf ihm selbst drohende Gefahren, sondern auf wesentliche Nachteile seiner Mitglieder beruft.

a) Handelt es sich um einen **n i c h t r e c h t s - f ä h i g e n** Verein (§ 54 BGB) - was grundsätzlich möglich ist¹⁾ - so ist dieser zwar in der Lage, als solcher Partei eines arbeitsgerichtlichen Verfahrens zu sein (§ 10 ArbGG). Nichtsdestoweniger sind aber Antragsteller und angeblich Gefährdete identisch, weil der Vereinsname nur eine Sammelbezeichnung für die Gesamtheit der darunter handelnden Mitglieder ist.

b) Wird der Antrag dagegen von einem **r e c h t s f ä h i g e n** Verband gestellt, so müßte bei enger Interpretation des § 940 ZPO die Berufung auf Nachteile der Mitglieder, also auf rechtlich fremde Nachteile, versagt werden.

Hier wird indessen zu Recht auf den inneren Zusammenhang mit der Liquidation von Drittschäden hingewiesen.²⁾ In der Tat liegt es nahe, die auf Arbeitgeberseite entstandene Lücke im vorläufigen Rechtsschutz wegen der glei-

1) Vgl. Palandt-Danckelmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 31. Aufl., München 1972, Anm. 4 zu § 54

2) Vgl. z.B. Brändel, a.a.O., S. 80

chen Interessenlage und der vergleichbaren Funktion des Institutes durch eine Rechtsanalogie zur Drittschadensliquidation zu schließen. Denn die Möglichkeiten von Prävention, Repression und Liquidation müssen sich wenigstens annähernd entsprechen. Es wäre untragbar, ließe man die Geltendmachung bereits realisierter Schäden in fremden Rechtskreisen weitgehend zu, die Berufung auf bevorstehende Nachteile zu ihrer Verhinderung dagegen nicht.

Eine Schadensliquidation im Interesse der Mitglieder wird anerkannt bei Vertragsverletzung durch die gegnerische Gewerkschaft¹⁾, nicht jedoch bei Ansprüchen aus unerlaubter Handlung²⁾, weil hier den Mitgliedern in der Regel eigene Ersatzansprüche zustehen. In diesem Umfang wird man auch die Berufung auf Nachteile der Mitglieder des Antragstellers zulassen müssen.

Es bleibt daher festzuhalten, daß der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Antrag eines Arbeitgeberverbandes nicht schlechthin ausgeschlossen ist. Die Berufung auf wesentliche Nachteile, die den Mitgliedern des Verbandes drohen, ist bei nichtrechtsfähigen Verbänden stets, bei rechtsfähigen immerhin dann zulässig, wenn der Antrag auf die Verletzung tariflicher Friedenspflichten gestützt wird.

E. Mögliche Verfügungsansprüche gegen Gewerkschaften zur Verhinderung der Streikeinleitung oder -Fortführung

Hat die Untersuchung des Verfügungsgrundes keine erheblichen Schranken unmittelbar prozessualer oder materiell-

1) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 192; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/1 S. 720

2) Vgl. Siebrecht, Recht im Arbeitskampf, S. 70; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 193; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, S. 1047

rechtlicher Art für den Erlaß einstweiliger Verfügungen gegen Streiks ergeben, so verbleibt im Bereich des Prüfungsgegenstandes nur noch der Verfügungsanspruch zu sichten. Wer allerdings erwartet, diese Phase der Erörterung würde etwa wegen Fehlens geeigneter Anspruchsgrundlagen zur Aussonderung der vorausprüfenden Verfügungsformen führen, wird sich schon bald getäuscht sehen. Denn bereits eine summarische Prüfung ergibt, daß zur Verhinderung der Einleitung oder Fortführung eines rechtswidrigen Streiks umfangreiche Sanktionsmöglichkeiten auch gegen die Gewerkschaften bestehen.

1. Ansprüche aus tarifvertraglicher Friedenspflicht

Notwendiger Bestandteil jedes Tarifvertrages ist die (relative) Friedenspflicht. Sie statuiert ein nur die Tarifparteien betreffendes Kampfverbot, das als tarifimmanente Hauptpflicht keiner ausdrücklichen Vereinbarung bedarf.¹⁾

Die Friedenspflicht ist im Normalfall nur darauf gerichtet, während der Tarifdauer solche Kampfhandlungen zu unterlassen, die im Tarifvertrag positiv oder negativ geregelte Punkte tangieren sollen, sie ist also in der Regel relativ. Nur wenn ein entsprechender Parteiwille nachgewiesen werden kann, ist von einer erweiterten oder gar absoluten Friedenspflicht auszugehen.

In ihrem sachlichen Geltungsbereich hat die Friedenspflicht den Inhalt, daß die Tarifparteien im obligatorischen Teil des Vertrages die Verpflichtung übernehmen, den Wirtschaftsfrieden selbst nicht zu beeinträchtigen und Verletzungen durch ihre Mitglieder zu verhindern.

1) Vgl. hierzu und zum folgenden ausführlich Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/1, S. 305 ff.

Dabei läßt sich die Friedenspflicht in eine negative und eine positive Komponente aufgliedern.

Kraft der **n e g a t i v e n F r i e d e n s p f l i c h t** haben es die Tarifparteien während der Dauer des Tarifes zu **u n t e r l a s e n**, Kampfhandlungen anzudrohen oder einzuleiten, ihre Mitglieder zum Kampf anzustiften oder sie in einem wilden Arbeitskampf zu unterstützen und zu fördern. Die **p o s i t i v e F r i e d e n s p f l i c h t** bringt die Verpflichtung, den Arbeitsfrieden mit allen zur Verfügung stehenden Verbandsmitteln zu **f ö r d e r n**, unter anderem auch die Eröffnung oder Fortführung eines Arbeitskampfes durch Verbandsmitglieder zu verhindern.

Steht ein Streik drohend bevor, so kann die Tarifpartei auf Arbeitgeberseite in dem damit festgelegten Rahmen gegen die Gewerkschaft als Tarifpartei Ansprüche aus negativer - etwa den Streik auszurufen oder den drohenden wilden Streik zu unterstützen - oder positiver - etwa mit satzungsmäßigen Mitteln auf Streikwillige einzuwirken - Friedenspflicht geltend machen.¹⁾ Es handelt sich dabei auch insoweit um selbständig einklagbare²⁾ Hauptverbindlichkeiten³⁾, als lediglich Unterlassungspflichten geltend gemacht werden.

Ist der tarifwidrige Arbeitskampf bereits ausgebrochen, so gilt für eventuelle Ansprüche aus positiver Friedenspflicht nichts besonderes. Ansprüche aus negativer Friedenspflicht scheinen zunächst problematisch zu sein, weil

1) Vgl. Brändel, a.a.O. S. 84; Heckelmann, AuR 1970, 166 (171 f.).

2) Vgl. Staudinger-Weber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II 1 a, 11. Aufl. 1967, § 241 Rdnr. 66 ff.

3) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht

eine Verletzung von Unterlassungshauptpflichten in der Regel Unmöglichkeit bewirkt.¹⁾ Diese Überlegung kann die Geltendmachung des ursprünglichen Erfüllungsanspruches aber dann nicht beeinträchtigen, wenn der Verletzungserfolg nicht endgültig ist²⁾, dem Gläubiger also auch noch mit einer Erfüllung ex nunc gedient ist. Um derartige Fälle handelt es sich aber nach Ausbruch eines Streiks.³⁾ Die Geltendmachung des Primäranspruches aus tarifvertraglicher Friedenspflicht muß also auch in diesem Stadium noch möglich sein.

2. Ansprüche aus Eingriff in den Gewerbebetrieb

Die Ansprüche aus tarifvertraglicher Friedenspflicht erfassen von den rechtswidrigen Streiks nur diejenigen, deren mangelnde Sozialadäquanz auf Tarifwidrigkeit beruht.

Dies ist anders bei dem deliktsrechtlichen Anspruch aus § 823 I BGB sowie dem quasinegatorischen aus § 1004 BGB analog, die beide sämtliche Fälle rechtswidriger Beeinträchtigungen erfassen. Voraussetzung ist jedoch, daß der Gewerbebetrieb des Arbeitgebers als sonstiges Recht i.S.d. § 823 I BGB bzw. als eine dem Eigentum gleichzuachtende absolute Rechtsposition im Rahmen des § 1004 BGB anzusehen ist.

Auch wenn man den hiergegen sprechenden Einwand mangelnder Konturiertheit⁴⁾ sieht und ernst nimmt, kann man angesichts heute nahezu einhelliger Anerkennung des Rechtes

1) Vgl. Staudinger-Weber, BGB, § 241 Rdnr. 50

2) Vgl. BGHZ 37, 147 (151)

3) So zutreffend Heckelmann, AuR 1970, 166 (172)

4) Vgl. etwa Hoffmann, AuR 1968, 33 (35 ff.);
Ramm, AuR 1966, 161; Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht,
S. 118

am Gewerbebetrieb in Rechtsprechung und Literatur¹⁾ dieses Recht nur um den Preis einer extremen Außenseiterposition und vor allem der Praxisferne noch ablehnen. Daher kann es sich in der Tat nur mehr darum handeln, das inzwischen gewohnheitsrechtlich anerkannte "Rahmenrecht"²⁾ näher zu konkretisieren.³⁾ Ob dies am ehesten durch Aufstellung zusätzlicher Kriterien wie etwa der Unmittelbarkeit oder der Betriebsbezogenheit des Eingriffes⁴⁾ oder aber durch Herausschälen typisierter Fallgruppen⁵⁾ geschieht, braucht hier nicht entschieden zu werden, weil jedenfalls der Streik von den Vertretern beider Richtungen als Eingriff in das Recht am Gewerbebetrieb aufgefaßt wird.

Ist damit also der Tatbestand sowohl des § 823 I BGB als auch des § 1004 BGB insoweit erfüllt, so bleibt noch Stellung zu nehmen zur Frage der Rechtswidrigkeitsprüfung bei sogenannten "Rahmenrechten".

Die im Zusammenhang mit der Rechtswidrigkeitsprüfung bei den klassischen Rechten und Rechtsgütern der §§ 823 I,

1) Vgl. Brox-Rüthers, a.a.O. S. 119; Nipperdey-Säcker NJW 1967, 1985; Hoffmann, AuR 1968, 33 (35 ff), jeweils mit einer Fülle von weiteren Nachweisen; Zu Schutzbereich und Charakter des Rechtes vgl. Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktrechtlichen Unternehmensschutz, München 1971, S. 19 ff, 64 ff., 263 ff.

2) So Fikentscher, Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 1969, S. 656

3) So zutreffend Heckelmann, AuR 1970, 166 (172)

4) So BGHZ 29, 70; vgl. hierzu auch Nipperdey-Säcker, NJW 1967, 1985 (1990)

5) So etwa Fikentscher, Schuldrecht, S. 653 ff.; Esser, Schuldrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1969, S. 406

1004 BGB tonangebende Erfolgsunrechtslehre sieht bei Vorliegen des Tatbestandes die Rechtswidrigkeit des Verhaltens als indiziert an; dem in Anspruch Genommenen obliegt es, spezielle Rechtfertigungsgründe darzutun.

Für die Anwendung auf konturenschwache Rahmenrechte wie das Persönlichkeitsrecht oder das Recht am Gewerbebetrieb erwies sich diese Doktrin aber als viel zu weit. Hier muß die Rechtswidrigkeit aus den Besonderheiten der Eingriffshandlung und notfalls aufgrund einer umfassenden Güterabwägung positiv als Anspruchsvoraussetzung festgestellt werden, soll anders nicht die Anwendung der §§ 823 I, 1004 BGB analog ins Uferlose führen.¹⁾

Ein praktisch wichtiger Unterschied in der Normstruktur besteht darin, daß § 1004 BGB im Gegensatz zu § 823 I BGB kein Verschulden voraussetzt. Für die Rechtsanwendung verdient § 1004 BGB wegen der minderen Anspruchsvoraussetzungen stärkere Beachtung als in der bisherigen Rechtsprechung²⁾, die ihre Entscheidungen zum Teil ausschließlich auf deliktsrechtliche Normen stützte.³⁾

Steht daher ein der Gewerkschaft als Störer zurechenbarer Streik drohend bevor, so kann von ihr bei Vorliegen der

1) Vgl. BGHZ 45, 296 (307); Esser, Schuldrecht BT, S. 407; Nipperdey-Säcker NJW 1967, 1985 (1988 ff.); Heckelmann, AuR 1970, 166 (173); Säcker, ZRP 1969, 60; Fikentscher, Schuldrecht, S. 657 f.; a.A. Brändel, a.a.O. S. 86 f. und Dietz, JuS 1968, 1 (6) für das Recht am Gewerbebetrieb; kritisch zur Stellung von Tatbestand, Verhaltenspflichten und Rechtswidrigkeit neuerdings auch Buchner, a.a.O. S. 266 ff.

2) Darauf weist Heckelmann, AuR 1970, 166 (172) mit Recht hin.

3) Vgl. LAG Hannover BB 1953, 590; LAG Bayern (München) BB 1954, 593; ArbG Saarbrücken BB 1966, 738; BAG, Gr.S. v. 28.1.1955, NJW 1955, 882 (884); auch Brändel, a.a.O., behandelt quasinegatorische Ansprüche nicht.

geschilderten Anspruchsvoraussetzungen Unterlassung aus § 1004 I S. 2 BGB analog verlangt werden.¹⁾ Hat der Streik schon begonnen, so kann der Arbeitgeber aus § 1004 I BGB analog Unterlassung und gegebenenfalls Einwirkungshandlungen zur Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Das Gleiche kann bei zusätzlichem Vorliegen des Verschuldens-erfordernisses als Naturalrestitution gemäß §§ 823 I, 249 BGB gefordert werden.

3. Ansprüche aus §§ 823 II, 826, 831 BGB

Der Streik kann im Einzelfall auch gegen Normen verstoßen, die den Schutz des Arbeitgebers beabsichtigen oder mitbeabsichtigen. Infrage kommen etwa §§ 123, 185 ff., 240, 253 StGB. Sind die übrigen Voraussetzungen - insbesondere auch hier Verschulden - gegeben, so kann auch aus § 823 II BGB in Verbindung mit dem jeweiligen Schutzgesetz die Gewerkschaft auf Restitution bzw. Unterlassung in Anspruch genommen werden.²⁾

Sollte sich die Streikeinleitung oder -Fortführung wegen besonderer Umstände ausnahmsweise³⁾ als vorsätzliche sittenwidrige Schädigung des Arbeitgebers darstellen, so stehen ihm auch Ansprüche gemäß § 826 BGB zu.

Gemeinhin wird aus dieser Vorschrift ebenso wie aus § 823 BGB die vom Restitutionszweck des Deliktrechtes an sich nicht umfaßte Möglichkeit abgeleitet, bei drohendem Bestehen des Arbeitskampfes auch einen delikti-

1) Dafür, daß eine Beeinträchtigung nicht immer schon stattgefunden haben muß, vgl. Palandt-Degenhart, BGB, Anm. 2 b zu § 1004

2) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, S. 1034 f.

3) Nicht jede rechtswidrige Streikhandlung kann gleichzeitig als sittenwidrig qualifiziert werden; vgl. dazu auch Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, S. 1035 f.

schen Unterlassungsanspruch geltend machen zu können.¹⁾
Dogmatisch befriedigender erschiene es allerdings, den Restitutionscharakter des Deliktsrechtes zu bewahren und reine Präventionsfunktionen § 1004 BGB analog zuzuordnen.

Schließlich kann eine Haftung der Gewerkschaft durch § 831 BGB begründet sein, wenngleich kaum vorstellbar ist, daß diese Norm bei tatbestandmäßigem und rechtswidrigem Handeln von Verrichtungsgehilfen der Gewerkschaft, etwa einer Streikleitung oder eines Streikpostens, einen Anspruch auf Unterbindung des **g e s a m t e n** Streiks zu tragen vermöchte. Immerhin mag es nicht ganz ausgeschlossen sein.

Der kurze Aufriß vertraglicher, quasinegatorischer und deliktischer Ansprüche zur Verhinderung oder Unterbindung rechtswidriger Streiks dürfte gezeigt haben, daß eine Beschränkung (vorausprüfender) einstweiliger Verfügungen gegen Streiks vom Verfügungsanspruch her nicht in Frage kommt.

Trotzdem erscheint es wenig hilfreich, damit das materielle Arbeitskampfrecht und hier speziell die Rechtswidrigkeitslehre für **a l l e** Unzuträglichkeiten im Zusammenhang mit einstweiligen Verfügungen gegen Streiks verantwortlich zu machen.²⁾ Erkennt man an, daß die Problematik zwischen materiellem Arbeitsrecht, Prozeßrecht und Verfassungsrecht angesiedelt ist³⁾, so ist eine befriedigende Abklärung der Frage nur dann zu erreichen, wenn alle drei Disziplinen

1) Vgl. etwa Brändel, a.a.O. S. 89; Siebrecht, Recht im Arbeitskampf, S. 138; Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, S. 1049

2) So aber Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. VII 3 vor § 935

3) Dies sieht auch Grunsky a.a.O.

das Ihre beisteuern, gewiß aber dann nicht, wenn die Problematik aus sämtlichen drei Gebieten reihum wie ein heimatloser Ausländer abgeschoben wird. Daher kann ein zusammenfassendes Urteil nicht gewagt werden, bevor nicht die übrigen prozessualen und verfassungsrechtlichen Randzonen in die Betrachtung miteinbezogen sind.

F. Ausschluß einstweiliger Verfügungen gegen Streiks wegen Besonderheiten der anzuordnenden Maßnahmen und des Schadensersatzanspruches nach § 945 ZPO?

1. Einstweilige Verfügungen gegen Streiks und der Grundsatz der Einstweiligkeit

a) Die Befriedigungswirkung der Maßnahmen gegen Streiks

Wie bereits gezeigt¹⁾, haben die gegen Streiks erlassenen Verfügungen befriedigende Wirkung, d.h. die angeordneten Maßnahmen sind bereits auf diejenige Rechtsfolge gerichtet, die das materielle Recht anordnet.

Bisher wurde lediglich festgestellt, daß derartige Maßnahmen von § 940 ZPO nicht generell ausgeschlossen sind.²⁾ Ob aber speziell die gegen Streiks üblichen Maßnahmen zur Einleitungs- bzw. Fortführungsverhinderung zum Kreise der nach § 940 ZPO zulässigen Befriedigungsverfügungen gehören, bedarf noch einer näheren Untersuchung.

(1) Überwunden³⁾ ist inzwischen die Auffassung, einstweilige Verfügungen dürften nie befriedigende Wirkung

1) Vgl. oben S. 25 ff., 29

2) Vgl. oben S. 30

3) Für viele weitere vgl. etwa Baur, Studien, S. 60; Jauernig, ZZP 79, 321 (331 ff.); Grunsky, JurA 1970, 724 ff.

haben¹⁾, weil damit kein "einstweiliger Zustand" mehr geregelt werde.

(2) Verbreitet²⁾ trifft man hingegen noch die Auffassung an, im Prinzip sei von einem Befriedigungsverbot auszugehen, "nur ausnahmsweise" - oft unter verschärften Voraussetzungen - könne es durchbrochen werden. Mit verblüffender Regelmäßigkeit wird jedoch meist sofort versucht darzutun, weshalb gerade der vorliegende Fall den seltenen Ausnahmefällen zuzurechnen sei. Die "seltenen Ausnahmefälle" sind mittlerweile Legion.

Zum Kreis der privilegierten "Ausnahmefälle" gehören längst nicht mehr nur die auf Zahlung von Unterhalt lautenden Verfügungen³⁾ wegen Existenzgefahr des Antragstellers⁴⁾; auch der Rahmen der zunächst gebildeten weiteren Gruppen von Ausnahmefällen - etwa Zahlungsverfügungen in Unfallprozessen⁵⁾, Verfügungen in Wettbewerbssachen nach § 25 UWG - ist inzwischen gesprengt.

(3) Macht man sich klar, daß einstweilige Verfügungen mit Befriedigungswirkung auch früher schon nicht nur in

1) Aus der früheren Rspr. etwa OLG Darmstadt OLGRspr. 1, 135 (136); OLG Rostock OLGRspr. 25, 234; OLG Breslau OLGRspr. 29, 273; aus der früheren Literatur etwa Göppert, Gruchot Beitr. 38 (1894), 838; Sonnen, JW 1927, 2473

2) Vgl. OLG Tübingen MDR 1953, 625; OLG München NJW 1965, 2161 (2162); Gros AR-Blattei, Zwangsvollstreckung IX A C I 2 b; Schuler, NJW 1959, 1801

3) Etwa LG Koblenz, NJW 1960, 2005; OLG Frankfurt JW 1932, 3728 f.

4) So wird die "Ausnahme" gerechtfertigt z.B. noch von LG Koblenz NJW 1960, 2005

5) Vgl. etwa Schuler NJW 1959, 1801

den Fällen einer einmaligen Vermögensverschiebung, auch nicht nur bei Dauerschuldverhältnissen¹⁾ erlassen wurden, daß darüber hinaus die beim Verfügungsgrund ansetzende "Existenzgefährdung"²⁾ als Rechtfertigung der Ausnahme angesichts vielfältiger sozialer Sicherungsmittel der modernen Gesellschaft wie etwa der Sozialhilfe kaum mehr ernst genommen wird, sondern eher die Funktion einer Leerformel angenommen hat, dann erscheint es in der Tat konsequent, wenn auch die Rechtsprechung heutzutage weithin³⁾ die Statthaftigkeit einer einstweiligen Verfügung nicht mehr vom Fehlen befriedigender Wirkungen abhängig macht.

Desgleichen wird in neuerer Zeit in der Literatur betont⁴⁾, daß sich aus dem Erfordernis der Einstweiligkeit des zu regelnden Zustandes nicht der Schluß ziehen läßt, jegliche Anspruchserfüllung sei unstatthaft; auch eine Befriedigung des Antragstellers hat dann vorläufigen Charakter, wenn sie sich später in irgendeiner Weise rückgängig machen läßt.⁵⁾

Welche Schranken der Begriff der Einstweiligkeit tatsächlich aufrichtet, ist damit noch nicht geklärt, wohl aber, daß sie mit dem Ausschluß befriedigender Wirkungen

1) Eingehende Darstellung der Rspr. bei Finken, a.a.O. S. 32 ff.

2) Vgl. etwa LG Bochum NJW 1967, 1428 (1429)

3) Vgl. OLG Düsseldorf MDR 1960, 58 (59); OLG Stuttgart MDR 1964, 604; OLG Saarbrücken NJW 1967, 1813; OLG München NJW 1965, 2161

4) So etwa von Baur, Studien, S. 60; Baur, BB 1964, 607 (608); Jauernig, Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79, 321 (323 f.); Karl Blomeyer ZZP 65, 52 (65); Hamelbeck ZZP 55, 241; Grunsky JurA 1970, 724 (739)

5) Zu dem damit angedeuteten Aspekt der Irreparabilität vgl. sogleich unten b)

nicht gleichzusetzen sind. Es kann daher auch nicht die Statthaftigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks unter Hinweis auf ihre Befriedigungswirkung grundsätzlich verneint werden. Dieser Weg wurde denn auch seit den Äußerungen von Flatow-Joachim¹⁾ von niemandem mehr beschritten.

Ob die befriedigende Wirkung der Verfügungen gegen Streiks dagegen Anlaß geben kann, jeweils das Vorliegen ihrer Voraussetzungen einer schärferen Prüfung zu unterwerfen, ist eine andere Frage, die zweckmäßig im Zusammenhang mit der Vorausprüfungsproblematik im Hinblick auf mögliche Beeinträchtigungen der Kampffreiheit behandelt werden soll.

b) Die Irreparabilität der Maßnahmen gegen Streiks

Die gegen Streiks erlassenen Verfügungen haben aber sämtlich noch viel weitergehende als nur befriedigende Wirkungen, die geeignet sind, Zweifel zu wecken an der Einstweiligkeit des geregelten Zustandes.

In allen Fällen läßt sich nämlich die Erfüllung der angeblichen Unterlassungs- und Einwirkungsansprüche des Antragstellers nicht mehr rückgängig machen. Nach Aufhebung einer solchen Verfügung können die unterlassenen Handlungen zwar wieder vorgenommen, die erzwungenen Einwirkungshandlungen wieder unterlassen werden. Indessen handelt es sich dabei um eine Beseitigung *e x n u n c*; *ex tunc* ist sie nicht möglich, in den status quo ante kann der Antragsgegner nicht mehr versetzt werden. Eine Unterlassung in der Vergangenheit läßt sich nicht durch eine mögliche Handlung in Gegenwart oder Zukunft wettmachen, eine Einwirkung andererseits nicht durch spätere Untätigkeit.

1) Arbeitsgerichtsgesetz, Berlin 1928, Anm. 10 b zu § 62

Unter diesem Aspekt betrachtet, sind viele der den sogenannten "Leistungsverfügungen" zugeschlagenen (befriedigenden) Maßnahmen weniger gravierend als die als Verfügungen aufgefaßten (ebenfalls befriedigenden) Unterlassungsverfügungen.¹⁾ Denn die für einen gewissen Zeitraum zu Unrecht angeordnete Unterhaltszahlung etwa kann nach Aufhebung der Verfügung unterbleiben, das Gezahlte kann grundsätzlich zurückgefordert werden; darüber hinaus kann sogar die entzogene Kapitalnutzung in Form von Zinsen erstattet werden.

Aber auch hier ist die Rechtsentwicklung über früher erhobene Forderungen hinweggegangen. Die Meinung, dem Antragsgegner dürfe nichts genommen werden, was ihm nicht insgesamt wieder zurückgegeben werden könne²⁾, hat sich nicht halten können. Das liegt zum einen wohl daran, daß in der Diskussion oft zwischen befriedigender und irreparabler Wirkung gar nicht unterschieden wurde³⁾, zum anderen an der Erkenntnis, daß Unterlassungsverfügungen notwendig irreparabel im oben umrissenen Sinne sind, man aber auf sie auch außerhalb besonderer gesetzlicher Regelungen nicht

-
- 1) Ähnlich auch - unter Hinweis auf die analoge Problematik bei vorläufiger Vollstreckung eines Unterlassungsurteils - Jauernig, ZJP 79, 321 (333)
 - 2) So noch Heraeus, In welchen Grenzen sind einstweilige Verfügungen zulässig, welche eine Befriedigung des Antragstellers herbeiführen? in Recht 1924, 505
 - 3) Vgl. z.B. durchgehend Pothmann, Die einstweilige Verfügung als Ersatz einer Verurteilung, Diss. München 1949; auch Heckelmann, AuR 1970, 166 (167)

verzichten zu dürfen glaubte.¹⁾

Zum Teil wird heute sogar die Unmöglichkeit einer Wiederherstellung des früheren Zustandes *ex nunc* ausdrücklich nicht für einen Hinderungsgrund gehalten, derartige Verfügungen dennoch zu erlassen.²⁾ Die Begründungen dafür sind unterschiedlich: So wird etwa darauf hingewiesen, daß die Gefahr der Irreparabilität auch bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen in Kauf genommen werde³⁾; im Bereich der in § 938 II ZPO vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehenen Maßnahmen sei ebenfalls mit irreparablen Folgen zu rechnen, sodaß es also hierauf nach der Wertung des Gesetzgebers nicht ankommen könne.⁴⁾

Herrschende Meinung dürfte es aber jedenfalls heute sein⁵⁾, daß zumindest dann, wenn die Wirkungen der erlassenen Verfügung *ex nunc* beseitigt werden können, die Schranke der Einstweiligkeit nicht überschritten ist; darauf, daß der status quo ante in vollem Umfang wiederhergestellt werden kann, kommt es nach der überwiegenden Mehrzahl der Stimmen keinesfalls an.

Gerade um derartige Maßnahmen handelt es sich aber bei

1) Im Ansatz hierzu neuerdings kritisch Grunsky, Jura 1970, 724 (736 f.), der aber die volle Konsequenz einer generellen Unstatthaftigkeit von Unterlassungsverfügungen im Rahmen des § 940 ZPO doch nicht zu ziehen wagt, weil in den meisten der unterschiedenen Fälle "Einverständnis mit einer Entscheidung im Verfahren der einstweiligen Verfügung" vorgelegen habe.

2) Vgl. Huchthausen, a.a.O. S. 92, 98 f., 114, 121 f.; Karl Blomeyer ZZP 65, 52 (64); Hamelbeck ZZP 55, 233 (242); Jauernig ZZP 79, 321 (333)

3) Vgl. Jauernig, ZZP 79, 321 (333); Hamelbeck ZZP 55, 233 (243)

4) Vgl. Huchthausen, a.a.O. S. 92 ff., 114

5) So fast alle der auf S. 62 ff. angeführten jüngeren Autoren

Verfügungen gegen Streiks. Sind sie auch in dem oben verwendeten strengen Sinne irreparabel, so kann dies das Verdikt der Unzulässigkeit doch nicht zur Folge haben, eben weil sie das Merkmal der Irreparabilität im weitherzigen Sinne der herrschenden Meinung sämtlich nicht aufweisen: Die unterlassene Handlung kann nach Aufhebung der Verfügung vorgenommen, die gebotene Einwirkung nunmehr unterlassen werden.

Aber obwohl auch unter diesem Aspekt die prinzipielle Zulässigkeit der Verfügungen gegen Streiks zu konstatieren war, so dürfte doch im Hinblick auf die später näher zu umgrenzenden Voraussetzungen die Feststellung nicht überflüssig gewesen sein, daß sämtliche Maßnahmen gegen Streiks definitive Wirkungen haben. Wohl kaum ein soziales Geschehen ist so zeitabhängig wie ein Streik. Daher ist der vorläufig abgebrochene Streik in der Regel endgültig abgewehrt; die Fortsetzung der Kampftätigkeit setzt fast immer den gleichen Aufwand voraus wie ein gänzlich neuer Streik. Gamillscheg¹⁾ umschrieb dies mit der Bemerkung, ein Streik lasse sich nicht an- und ausknipsen wie eine Taschenlampe. Eine um Ausgleich bemühte Lehre von den Voraussetzungen des Verfügungserlasses gegen Streiks wird Sorge zu tragen haben, daß das "Ausknipsen" eines Streiks nicht um allzu vieles leichter zu bewerkstelligen ist als das "Anknipsen".

2. Die Schwierigkeiten eines Ausgleichs nach § 945 ZPO bei ungerechtfertigtem Erlaß einstweiliger Verfügungen gegen Streiks

War die Anordnung einer einstweiligen Verfügung gegen einen Streik von Anfang an nicht gerechtfertigt, so ist der Antragsteller verpflichtet, dem Gegner - in unserem

1) Die Differenzierung nach der Gewerkschaftszugehörigkeit, Berlin 1966, S. 23

Fälle also einer Gewerkschaft - den Schaden zu ersetzen, der ihm aus dem Vollzug der angeordneten Maßregel entsteht (§ 945 ZPO). Das Gesetz ordnet hier eine Gefährdungshaftung an, sodaß es auf ein Verschulden des antragstellenden Arbeitgebers oder Arbeitgeberverbandes nicht ankommt.

Fehlte es also zum Zeitpunkt des Erlasses¹⁾ der Verfügung entweder an Verfügungsgrund oder -Anspruch - insbesondere etwa, weil der Streik doch rechtmäßig war - , so könnte die Gewerkschaft nunmehr wenigstens ihren Schaden liquidieren, wenn es ihr gelänge, die Voraussetzungen des Anspruches nach § 945 ZPO darzutun.

a) Dem Gegner müßte durch den Vollzug der Verfügung ein Schaden entstanden sein. Hier ist zu beachten, daß Verfügungen, die Gebote oder Verbote enthalten, bereits mit Zustellung an den Antragsgegner vollzogen sind.²⁾ Nun wird zwar durch bloße Zustellung des Gebotes oder Verbotes niemals ein Schaden unmittelbar verursacht, wohl aber durch Befolgen der Anordnung. Die Liquidation von Geldstrafen, die nach §§ 888, 890 ZPO wegen Nichtbefolgens der Anordnung verhängt wurden, scheitert zwar nicht an mangelnder Kausalität von Vollzug und Schaden durch Verhängung der Strafe.³⁾ Denn daß die Zustellung der mißachteten Anordnung *conditio sine qua non* für die Verhängung der Strafe und damit des Schadens ist, dürfte sich nicht leugnen lassen. Trotzdem müßte in diesem Falle die Gewerkschaft wegen Verstoßes gegen ihre auch im Rahmen des § 945 ZPO bestehende⁴⁾ Schadensminderungspflicht (§ 254 II S. 1 BGB)

1) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, Anm. 2 zu § 945

2) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO, Anm. 2 A zu § 936;
Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. III 1 zu § 938;
Rosenberg, Lehrbuch, S. 1062

3) A.A. Thomas-Putzo, ZPO, Anm. 5 zu § 945;
Brändel, a.a.O., S. 46

4) Vgl. BGH BB 1966, 267

insoweit leer ausgehen.¹⁾

b) Ist die Gewerkschaft im Falle des Gehorsams gegenüber der ihr auferlegten Anordnung nunmehr so zu stellen, wie sie stünde, wenn die ungerechtfertigte Verfügung nie vollzogen worden wäre, so sind ihr auch die Kosten einer erneuten Einleitung des Arbeitskampfes zu erstatten.

Ist jedoch der günstige Zeitpunkt für einen Streik verpaßt - was oft der Fall sein dürfte -, so könnte der Gewerkschaft hinsichtlich der Kosten des unterbundenen Streiks gegenüber einer rein zeitbezogenen Kausalitätsargumentation²⁾ nur die Berufung auf neuere Erwägungen zum Ersatz fehlgeschlagener Aufwendungen³⁾ helfen. Von einer allgemeinen Anerkennung der Ersatzfähigkeit sogenannter "Frustrationsschäden" kann allerdings (noch) nicht gesprochen werden.⁴⁾

c) Bestehen bereits hier bei der Realisierung des Schadensersatzanspruches etliche Schwierigkeiten, so bewegt man sich schon fast gänzlich in theoretischen Sphären, wenn man an den Ersatz desjenigen denkt, das zu erkämpfen man gezwungenermaßen unterließ.

1) Ebenso Brändel, a.a.O. S. 46 f., dessen Rückgriff auf die Schadensminderungspflicht aber nach vorgängigem Leugnen der Kausalität inkonsequent - weil überflüssig - ist.

2) So etwa bei Brändel, a.a.O. S. 47: "Die Aufwendungen, die zur Vorbereitung und Durchführung des Arbeitskampfes bis zum Vollzug der einstweiligen Verfügung entstanden sind, werden nicht ersetzt. Diese Kosten, mögen sie nun auch vergeblich sein, sind nicht durch den Vollzug der einstweiligen Verfügung verursacht worden."

3) Vgl. etwa Larenz, Nutzlos gewordene Aufwendungen als erstattungsfähige Schäden, in Festgabe für Oftinger, 1969, S. 151 ff.; Löwe, VersR 1963, 311 f.

4) Vgl. die kritischen Äußerungen von Zeuner, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163, 380 (393)

Zwar stellt die nichterlangte Verbesserung der Arbeitsbedingungen einen entgangenen Gewinn (§ 252 BGB) dar, der auch nach § 945 ZPO grundsätzlich zu berücksichtigen ist.¹⁾ Auch daß die beteiligte Gewerkschaft die Verbesserung nicht selbst erlangt hätte, sondern ihre Mitglieder, also Dritte, kann noch kein entscheidendes Hindernis bedeuten; denn mit Recht wird eine derartige "Drittschadensliquidation" auch im Bereich des § 945 ZPO zugelassen.²⁾

Jedoch erweisen sich derartige Konstruktionen rasch als spekulativ, wenn man an die Beweislage denkt. Daß die erstrebte Verbesserung der Arbeitsbedingungen erreicht worden wäre, ein günstigerer Tarifvertrag also aller Voraussicht nach hätte erkämpft werden können, haben die Gewerkschaften zu beweisen. Es dürfte einen exorbitanten Ausnahmefall darstellen, wenn es je einer Gewerkschaft gelingen sollte, diesen Nachweis zu erbringen.

Nach alledem wird deutlich, daß ein Arbeitgeber bei Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen einen Streik kaum etwas riskiert; § 945 ZPO mit seiner ansonsten rigorosen Gefährdungshaftung erweist sich ihm gegenüber als nahezu bedeutungslos und dürfte daher auch kaum die Wirkung einer "psychischen Barriere" entfalten.

Daß daraus allein gleichwohl nicht auf die Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks geschlossen werden kann, zeigen ähnlich gelagerte Fälle im Wettbewerbsrecht und im Unterhaltsrecht.

Eine ungerechtfertigte Unterlassungsverfügung nach § 25 UWG - die sogar unter besonders leicht zu erfüllenden Voraus-

1) Vgl. Thomas-Putzo, ZPO, Anm. 5 zu § 945

2) Vgl. RGZ 121, 185 (188); Thomas-Putzo, ZPO, Anm. 4 zu § 945; Brändel, a.a.O. S. 48 f. unter Hinweis auf die Gleichartigkeit der Interessenlage bei vertraglichen Ansprüchen und gesetzlichen nach § 945 ZPO, ebenso Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, Anm. I 4 a zu § 945

setzungen möglich ist - unterbindet oft gewinnträchtige Wettbewerbshandlungen; der Schluß von der dann meist gegebenen Unmöglichkeit eines exakten Schadensnachweises auf die Unzulässigkeit der Verfügungen wird angesichts der Normierung des § 25 UWG nicht gezogen. - Die Anordnung von Unterhaltszahlungen durch einstweilige Verfügung wird meist davon abhängig gemacht, daß der Antragsteller existentiell darauf angewiesen ist; erweist sich die "Leistungsverfügung" nachträglich als ungerechtfertigt, so kann ein Schadensersatzanspruch nach § 945 ZPO fast nie realisiert werden, weil der Antragsteller häufig noch immer mittellos ist. Obwohl dies gesehen wird, hält man deswegen Unterhaltsverfügungen nicht für unzulässig.¹⁾

Es können daher auch für Verfügungen gegen Streiks nicht strengere prozessuale Regeln aufgestellt werden. Beweisschwierigkeiten, die regelmäßig Ansprüche aus § 945 ZPO zu Fall bringen, können mithin nicht zu einem grundsätzlichen Ausschluß einstweiliger Verfügungen gegen Streiks führen.

Prozessual unbefriedigend bleibt es gleichwohl, daß das Risiko des ungerechtfertigten Verfügungserlasses damit im Gegensatz zur prinzipiellen Wertung des § 945 ZPO ausschließlich dem Antragsgegner, also der Gewerkschaft aufgebürdet wird. Daß infolgedessen die Wirkung des § 945 ZPO als einer "psychischen Barriere" gerade im Arbeitskampf entfällt, ist wegen der weitreichenden Befriedigungswirkung und der zum Teil irreparablen Folgen einstweiliger Verfügungen gegen Streiks jedenfalls dann besonders mißlich, wenn die Gefahr materiell unrichtiger

1) Vgl. Hamelbeck, ZZP 55, 233 (242 f.); Karl Blomeyer, ZZP 65, 52 (64); Güthe, ZZP 24, 346 (393); Huchthausen, a.a.O., S. 92, 98 f., 114, 121 f.; Jauernig, ZZP 79, 321 (333)

Entscheidungen besteht oder sie gar bei der Auslegung der prozessualen Vorschriften in Kauf genommen wird.

Zwar hat sich gezeigt, daß die geschilderten Besonderheiten unter einem rein prozessualen Blickwinkel im einzelnen jeweils im Randbezirk des gerade noch Zulässigen liegen. Völlig außer acht ist aber bislang geblieben, daß hier durch einstweilige Verfügungen Friedensregelungen auf einem Rechtsgebiet getroffen werden, das vom Begriff der Kampffreiheit geprägt ist. Es ist daher zu fragen, wie sich die unbeschränkte Zulassung der dargestellten prozessualen Grenzsituationen mit diesem Begriff der Kampffreiheit verträgt.

T e i l I I I

Einstweilige Verfügung und Streikfreiheit

Die bisherige, mehr technisch-prozessual orientierte Betrachtung hat weder die vorbehaltlose Bejahung einstweiliger Verfügungen gegen Streiks noch letztlich durchschlagende Einwände gegen ihre Zulässigkeit aus prozessualer Sicht erbracht. Zu oft führten die Überlegungen - etwa zu den spezifischen Wirkungen solcher Maßnahmen vorbeugenden Rechtsschutzes gegen Arbeitskämpfe - in den Grenzbereich berechtigter Bedenken, um nicht in Zweifel an ihrer schrankenlosen Zulässigkeit zu geraten; zu wenig eindeutig sind andererseits alle erörterten prozessualen Einwände gerade im Hinblick auf die beschriebene Aufweichung der Konturen zivilprozessualer Dogmatik auf dem Gebiete des vorläufigen Rechtsschutzes, um aus diesen Gründen schlankerhand ein völliges oder auch nur teilweises Verdikt zu verhängen.

Hinzu treten die von Leipold aufgedeckten Mehrdeutigkeiten der zivilprozessualen Regelung¹⁾, die es nicht - wie bislang vielfach geschehen²⁾ - zulassen, die prozessualen Voraussetzungen für alle Fälle einheitlich und eindeutig zu fixieren.

Sind damit die prozessualen Erkenntnisquellen versiegt, ohne für die Lösung des anstehenden Problems Gewißheit erbracht zu haben, so bleibt für die offenen Fragen, die Zulässigkeit und Voraussetzungen einstweiliger Verfügungen gegen Streiks betreffen, der Inhalt der Kampffreiheit auszuschöpfen.

1) Vgl. oben S. 23 f., 27 ff., 38 ff., 40 ff.

2) Vgl. z.B. Brändel, a.a.O., S. 38 ff.

Von der Kampffreiheit - und insbesondere der Streikfreiheit - können allerdings Rückwirkungen auf den prozessualen Regelungszusammenhang nur dann erwartet werden, wenn sie durch Friedensregelungen im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes überhaupt tangiert wird und sie sich darüberhinaus wegen ihrer Zugehörigkeit zu höherrangigen Rechtskreisen, insbesondere also dem Verfassungsrecht, gegenüber dem prozessualen Eingriff durchzusetzen vermag. Nur dann ließe sich nämlich wegen Verstosses gegen höherrangige Normen die Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks noch behaupten oder eine verfassungskonforme Interpretation der prozessualen Befugnisnormen fordern.

A. Verfassungsrechtlicher Standort und Inhalt der Streikfreiheit

Unter dem Begriff der Kampffreiheit versteht man die den Sozialpartnern zustehende Befugnis, zur Durchsetzung bestimmter Ziele Mittel des Arbeitskampfes anzuwenden.¹⁾ Da es sich beim Streik um ein besonderes Kampfmittel der Arbeitnehmerseite handelt, ist die Streikfreiheit dementsprechend aufzufassen als eine den Gewerkschaften zustehende Befugnis, die Durchsetzung dieser Ziele mittels Streiks zu erstreben.

Über die Rechtsnatur dieser Befugnis, insbesondere ihre verfassungsrechtliche Stellung und die zulässigen Kampfziele, ist damit jedoch noch nichts ausgesagt.

Das Grundgesetz selbst erwähnt Begriffe wie Streikrecht oder Streikfreiheit überhaupt nicht. Einen Hinweis auf

1) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/1, S. 50

eine mögliche sedes materiae gibt einzig Art. 9 III S. 3 GG, der festlegt, daß sich bestimmte Notstandsmaßnahmen nicht gegen Arbeitskämpfe richten dürfen, die zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen von Vereinigungen im Sinne des Art. 9 III S. 1 geführt werden. Diese Vorschrift wurde erst im Zuge der sogenannten Notstandsgesetzgebung durch Gesetz vom 24. 6. 1968 Art. 9 III angefügt. Ihre Bedeutung für die verfassungsrechtliche Einordnung der Kampffreiheit ist nach wie vor nicht völlig ausgelotet.¹⁾

Die Ursachen sind wohl darin zu suchen, daß die Diskussion um die Notstandsgesetzgebung schon zu sehr mit anderen rechtlichen und politischen Problemen überfrachtet war, um auch noch - gleichsam als Nebenprodukt - die Abklärung bis dahin ungelöster Streitfragen des kollektiven Arbeits- und Verfassungsrech-

1) Der Notstandsregelung wird keinerlei Relevanz für die Normallage beigemessen von v. Barby, AuR 1968, 267 (269); Hamann-Lenz, Art. 9 Anm. B 12 und B 8 a bb und 10; Säcker, Grundprobleme, S. 82 f.. Keine "grundsätzlich neue oder gar konstitutive Verfassungsentscheidung" sieht Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 38. Für A. Hueck, RdA 1968, 431 bedeutet die Neuregelung eine Bestätigung, daß Arbeitskämpfe als "Ausfluß des Koalitionsrechtes" anzusehen seien, Schutz jedoch nur als schlichte Freiheit ohne subjektive Anspruchsposition genossen. Dagegen soll nach Rütters, DB 1968, 1950 und Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 17, die Neuregelung als eine Bekräftigung der These von der verfassungsgesetzlichen Einrichtungsgarantie aufzufassen sein. Nach Lerche, Zentralfragen, S. 89, soll die Vorschrift als Indiz für eine "qualitativ-kollektive", nach Scholz, a.a.O., S. 148 trotz des dargestellten Ansatzes als Indiz für eine kollektive Garantie des Arbeitskampfrechtes "im quantitativen Sinne" zu werten sein. Ähnlich auch Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 9 Rdziff. 136.

tes bewirken zu können.¹⁾

Es ist daher auch jetzt nicht kurzerhand vom "trügerischen Schein eines unbegrenzten Arbeitskampfprivilegs"²⁾ auszugehen, sondern die Entscheidung bedarf einer kritischen Sichtung der hauptsächlich vertretenen Meinungen unter vorsichtiger Berücksichtigung mittelbarer notstandrechtlicher Veränderungen³⁾ des überkommenen Blickwinkels.

1. Die Streikfreiheit als Teil der Handlungsfreiheit

Die nach Erlaß des Grundgesetzes zunächst wohl herrschende Meinung⁴⁾ ging dahin, die Streikfreiheit sei

1) Vgl. etwa die Äußerungen Nipperdeys in der 5. öffentlichen Informationssitzung, Deutscher Bundestag V, Rechtsausschuß Prot. Nr. 62 = Innenausschuß Prot. Nr. 77, S. 94; Rütters, Arbeitskampf und Notstandsverfassung, DB 1968, 1948; Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 103 ff.; Lerche, Zentralfragen, S. 89 ff.; A. Hueck, RdA 1968, 431; Glückert, Verfassungsrechtliche Anerkennung der Aussperrung, DB 1968, 2279

2) Rütters, DB 1968, 1948 (1952)

3) Vgl. Schmid, Arbeitskampf und Notstand aus der Sicht des Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG, Berlin 1972, S. 88

4) So Nikisch, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 2. Bd., 2. Aufl., Tübingen 1959, S. 104; ders., Die privatrechtlichen Wirkungen des sogenannten Streikrechtes, Köln 1951, S. 13; Bobrowski-Gaul, Das Arbeitsrecht im Betrieb, 3. Aufl., Heidelberg 1959, S. 293 f.; Dietz, Rechtsgutachten für den Arbeitgeberverband der Metallindustrie in Schleswig-Holstein e.V., Kiel, Bergisch-Gladbach 1960, S. 9 ff.; Forsthoff, Rechtsgutachten zu: Die politischen Streikaktionen des Deutschen Gewerkschaftsbundes anläßlich der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer verfassungs- und zivilrechtlichen Bedeutung, Köln 1952, S. 11; Siebrecht, Das Recht im Arbeitskämpfe, 2. Aufl., Köln 1956, S. 23; Bulla, Festschrift für Nipperdey, München-Berlin 1955, S. 166 ff.; von Mangoldt-Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 2. Aufl., Berlin-

nur als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG anzuerkennen. Dementsprechend sollte sie ebenso wie die Handlungsfreiheit nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet sein, sollte also nach herrschendem Verständnis¹⁾ durch jedes formell und materiell verfassungsgemäße Gesetz einschränkbar sein.²⁾ Diese Auffassung wird denn auch - im Hinblick auf die Schrankenschränke des Art. 19 II GG³⁾ und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁴⁾ vielleicht allzu weitgehend - bündig dahingehend formuliert, das Streikrecht könne durch Gesetz eingeschränkt oder sogar ausgeschlossen werden.⁵⁾ Zum Inhalt des Koalitionsrechtes gehöre das Streikrecht jedenfalls nicht.⁶⁾

a) Die von der erwähnten Auffassung angeführten Gründe sind zunächst historischer Natur.

In der Tat enthielt der unmittelbare verfassungsrecht-

Frankfurt 1957, Art. 9 Anm. VII, 2; Nipperdey, Gutachten: Die Ersatzansprüche für die Schäden, die durch den von den Gewerkschaften gegen das geplante Betriebsverfassungsgesetz geführten Zeitungsstreik vom 27.-29. Mai 1952 entstanden sind, Köln 1953, S. 42

- 1) Grundlegend BVerfGE 6, 32 (37 ff.)
- 2) Kritisch hierzu etwa Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdziff. 18 ff. zu Art 2 I
- 3) Sie ist auch hier anwendbar; vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdziff. 25, 31 zu Art. 2 I; Herbert Krüger, DöV 1955, 599; BGH DöV 1955, 729 (730); BVerwGE 4, 24 (35); a.A. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1961, S. 248
- 4) Er greift hier ebenfalls ein; vgl. Maunz-Dürig-Herzog, GG, Rdziff. 63 zu Art. 2 I; a.A. wiederum Lerche, a.a.O., S. 146 ff.
- 5) Vgl. Dietz, Die Koalitionsfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III/1, Berlin 1958, S. 417 ff. (463)
- 6) Vgl. Dietz, Rechtsgutachten, S. 9 ff. sowie die übrigen der unter Fußnote 4 auf S. 73 aufgeführten Autoren

liche Vorläufer des Art. 9 III GG, Art. 159 WRV, keine ausdrückliche Regelung des Arbeitskampfes:

"Die Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Alle Abreden und Maßnahmen, welche diese Freiheit einzuschränken oder zu behindern suchen, sind rechtswidrig."

In enger Anlehnung an den Wortlaut der Bestimmung wurde von der ganz überwiegenden Meinung der Weimarer Verfassungslehre die verfassungskräftige Garantie des Arbeitskampfes abgelehnt, mithin also auch das Streikrecht.¹⁾ Wegen der Ähnlichkeit des Wortlautes in Art. 159 WRV und Art. 9 III GG wurde dieser Deutung der Verfassungslage in der Weimarer Zeit auch für die Auslegung des Grundgesetzes Bedeutung beigemessen.²⁾

Aber auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 9 III GG und der Behandlung der Koalitionsfreiheit durch den Parlamentarischen Rat glauben die Verfechter der skizzierten Auffassung ihre Richtigkeit belegen zu können. Für sie ist die schließlich vorgenommene Streichung des ursprünglich vom Grundsatzausschuß des Parlamentarischen Rates vorgesehenen Absatzes IV des Artikel 12 (jetzt Art. 9)

1) Vgl. Anschütz, WRV, 14. Aufl., Berlin 1933, Art. 159 Anm. 5; Nipperdey, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 3, Berlin 1930, S. 414 ff.; Kaskel, Arbeitsrecht, 3. Aufl, S. 178 ff., 386; Kaskel-Dersch, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 4. Aufl. 1932, S. 319; Neumann, Koalitionsfreiheit und Reichsverfassung, Die Stellung der Gewerkschaften im Verfassungssystem, 1932, S. 91; a.A. aber etwa Potthoff, Arbeitsrecht, 1925, S. 897; Winters, Arbeitsrecht, 1919, S. 99

2) So etwa von Dietz, a.a.O., S. 9

ein Beweis dafür, daß das Streikrecht nicht in die Verfassung übernommen und damit nicht außerhalb Art. 2 I GG verfassungsrechtlich garantiert sei.¹⁾

Für den fraglichen Absatz IV hatte der Grundsatzausschuß auf Vorschlag des Vorsitzenden Dr. v. Mangoldt (CDU) folgende Formulierung gewählt²⁾:

"Das Recht der gemeinschaftlichen³⁾ Arbeitseinstellung zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen wird anerkannt. Seine Ausübung wird durch Gesetz geregelt."

Daraus, daß die Anfügung dieses Absatzes⁴⁾ erwogen worden war, wurde auf die Ansicht des Verfassungsgebers geschlossen, die Garantie der Koalitionsfreiheit enthalte noch nicht das Streikrecht und das Recht auf Führung eines Arbeitskampfes überhaupt.⁵⁾

Allerdings fällt schon bei erster Betrachtung dieses Argumentes auf, daß neben dem hier verwendeten Umkehrschluß für die Erforschung der Absichten des Verfassungsgebers auch eine zweite Möglichkeit zu schlußfolgern ganz übergangen wird. Den Vätern des Grundgesetzes könnte sehr wohl

1) Vgl. Dietz, a.a.O. S. 10

2) Vgl. JöR NF 1, 121 f.

3) Nach den stenografischen Protokollen S. 90 hieß es allerdings "gemeinsamen".

4) Der schon vorher diskutierte Gewerkschaftsentwurf des Streikartikels und der hieran teilweise angelehnte Entwurf des Allgemeinen Redationsausschusses hatten bereits vorher im Grundsatzausschuß keine Mehrheit gefunden; vgl. dazu im einzelnen Rütters, Streik und Verfassung, Köln 1960, S. 22 ff.

5) Vgl. Dietz, Rechtsgutachten, S. 11

ein umfassenderes Verständnis der Koalitionsfreiheit vorgeschwebt haben; eine ausdrückliche Normierung wäre zur Klarstellung nämlich auch dann sinnvoll gewesen, wie gerade auch das abweichende Verständnis in der Weimarer Zeit zeigt. Aber auch die in Satz 2 vorgesehene Ausübungsregelung durch einfaches Gesetz bedeutet schon eine solch gewichtige Unterscheidung gegenüber der bloßen Koalitionsbildungsfreiheit, daß allein deswegen schon eine eigenständige Behandlung der Streikfreiheit erwogen werden konnte.

Diese ersten Zweifel an einer vielleicht doch zu einseitigen Inanspruchnahme der Entstehungsgeschichte werden entschieden verstärkt durch die Gründe, die den vorgesehenen Absatz IV scheitern ließen.¹⁾

Auf die Regelung wurde nämlich letztlich nicht deshalb verzichtet, weil man sich nicht auf eine ausschließliche Garantie des gewerkschaftlich geführten Streikes einigen konnte - diese Klippe war bereits vorher im Grundsatzausschuß umschifft worden.²⁾ Ausschlaggebend war vielmehr, daß die Abgrenzung zum politischen Streik und der Ausschluß des Streikrechtes der Beamten nicht gelangen. Da man bei Aufnahme einer größeren Zahl von Beschränkungen eine zu breite Kasuistik befürchtete, kapitulierte man schließlich vor der Formulierungsaufgabe und entschloß sich, die ganze Bestimmung über das Streikrecht zu streichen.³⁾

Man wird daher die Zurückhaltung Lerches⁴⁾ teilen müssen,

1) Zum Folgenden vgl. Rüthers, Streik und Verfassung, S. 24 f.

2) Vgl. die Stenografischen Protokolle S. 90

3) Der Antrag hierzu wurde von Abg. Dr. Eberhard (SPD) in der 18. Sitzung des Hauptausschusses gestellt; vgl. Hauptausschuß-Stenogramme S. 215

4) Vgl. Verfassungsrechtliche Zentralfragen des Arbeitskampfes, S. 24

der sich außerstande sieht, aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Koalitionsfreiheit für unsere Fragestellung ein abschließendes Ergebnis zu gewinnen. Die Entstehungsgeschichte des Art. 9 III GG negiert jedenfalls nicht von vorneherein eine Garantie des Streikrechtes.¹⁾

b) Argumente aus dem Wortlaut des Art. 9 III GG

Wer eine grundrechtliche Garantie des Streikrechtes in Art. 9 III GG ablehnt, pflegt seine Ansicht daneben hauptsächlich auf die aus Art. 9 III S. 2 GG gefolgerten Auswirkungen für unser Tarifrecht zu stützen.

Würde das Koalitionsrecht das Streikrecht umfassen, so müßte nämlich nach dieser Auffassung²⁾ auch für das Streikrecht und das Arbeitskampfrecht gelten, daß jede Abrede, die dieses Recht einschränkt oder zu beschränken sucht, nichtig ist. Dies aber würde das gesamte Tarifrecht erschüttern: Da jede Abrede, die das Streikrecht beschränkt, nichtig wäre, gäbe es überhaupt keine Friedenspflicht; der Tarifvertrag als Ordnungsinstrument entfiere. Letztlich verlören die Koalitionen damit aber die Möglichkeit, rechtsbeständigen Einfluß auf die Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu nehmen; die Fähigkeit zu rechtswirksamem Auftreten in dem ihnen zugeordneten Bereich sänke zur Bedeutungslosigkeit herab.

Wie so oft, liegt auch bei dieser in ihrer Konsequenz einleuchtenden Argumentation die schwache Stelle in der

1) So auch Rütters, a.a.O., S. 25; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 36; a.A. Bulla, Das zweiseitige kollektive Wesen des Arbeitskamps, in: Festschrift für Nipperdey, München-Berlin 1955, S. 163 ff. (166)

2) Vgl. zu diesem Gedankengang exemplarisch Dietz, Rechtsgutachten, S. 15; ders., JZ 1959, 430; Promberger, Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag, München-Berlin 1967, S. 14

Prämisse. Denn daß bei weiter Auslegung der Koalitionsfreiheit das darunter subsumierte Streikrecht vom Schutzbereich des Art. 9 III S. 2 GG zwangsläufig erfaßt würde, kann keineswegs als feststehender Ausgangspunkt akzeptiert werden. Braucht man doch lediglich dem engen Wortlaut zu folgen, der sich unmittelbar nur auf die individuelle Koalitionsbildungsfreiheit bezieht¹⁾, um die geschilderte Deduktion in sich zusammenbrechen zu lassen. Da die Kampffreiheit - in welcher näheren Ausgestaltung auch immer - ohnehin nur zum Zwecke letztlicher friedlicher Einigung geschützt und gerechtfertigt sein könnte, besteht kein Anlaß, insoweit vom klaren Wortlaut der Bestimmung abzuweichen.²⁾

2. Die Streikfreiheit als Ausfluß der Koalitionsfreiheit

Diejenigen, welche eine verfassungsrechtliche Garantie der Kampffreiheit außerhalb Art. 2 I GG leugneten, vermochten von Anfang an das Feld der Meinungen nicht vollkommen zu beherrschen; allerdings war die Gruppe der Dissidenten noch klein.³⁾

Seit einigen Jahren nun mehren sich die Stimmen, die am früher herrschenden Verständnis zweifeln und die

1) Vgl. Lerche, Zentralfragen, S. 44; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 150

2) Ebenso Lerche, Zentralfragen, S. 45

3) Für eine verfassungskräftige Absicherung der Kampffreiheit außerhalb Art. 2 I sprachen sich aus: Schnorr von Carolsfeld, Lehrbuch, S. 322; Abendroth, GewMH 1954, 259; Bührig, Mitteilungen des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften, 1954, S. 187, 195; Bauer, JZ 1953, 651; Schmid, GewMH 1954, 4; LAG München Amtsblatt BayAM 1953, S. C77, 165; 1954, S. C 101, 153; Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, S. 57

Streikfreiheit mehr in den Bereich des Art. 9 III GG eingerücktwissen wollen.

a) Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Erkenntnis, daß die vom Wortlaut des Art. 9 III GG allein getragene Freiheit der Koalitionsbildung mittelbar auf Bestand und prinzipiell freie Betätigung der gebildeten Koalition ausstrahlen muß¹⁾, soll anders nicht das individuelle Freiheitsrecht zur Bildung sozialer Vereinigungen zur Fiktion verblassen; denn Angriffe auf die Koalitionsfreiheit werden sich oft nicht nur gegen die individuelle Freiheit zur Koalitionsbildung, sondern gerade auch gegen die Koalition als deren Produkt richten.²⁾

Es erscheint daher nur folgerichtig, wenn der ursprünglich und primär gewollten Freiheit im individuellen Bereich zu deren effektivem Schutz³⁾ konnexe, komplementäre Garantien⁴⁾ kollektiver Art angegliedert werden. Sie müssen sich jedenfalls auf Bestand und Betätigung der Koalition erstrecken.⁵⁾

1) Vgl. BVerfGE 4, 101 ff.; 18, 26; 20, 317 ff.; BAGE 17, 218 (223); 19, 217 (221 ff.); BAG DB 1969, 621; Rütters, Streik und Verfassung, S. 29 ff.; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 102 ff.; Krüger, Gutachten für den 46. DJT, S. 66; Lerche, Zentralfragen, S. 25 f.; Evers, Arbeitskampffreiheit, S. 13; Götz Hueck, Evangelisches Staatslexikon, Sp. 1074; Hamann, GG, Art. 9 Anm. A 2, B 7 c, d; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 3. Aufl. 1969, S. 157; Ramm, Die Freiheit der Willensbildung, S. 30; Säcker, Grundprobleme, S. 33 ff.; Gamillscheg, Differenzierung, S. 24 f.; Kloepfer, Grundrechte als Entstehenssicherung und Bestandschutz, München 1970, S. 81 f.

2) So zutreffend Rütters, Streik und Verfassung, S. 29 ff.

3) Vgl. Ramm, Arbeitskampf, S. 30 f.; Hanau, JuS 1969, 213 (214)

4) Vgl. Rütters, a.a.O., S. 31

5) Vgl. Scholz, a.a.O., S. 148 ff.

b) Auch die Frage, **w e l c h e** Betätigungen der Koalitionen denn über ihre nackte Existenz hinaus geschützt sein sollen, wird noch recht einhellig beantwortet, solange die Umschreibung abstrakte Bereiche nicht verläßt. Die überwiegende Meinung¹⁾ geht dahin, nicht nur koalitions-"unerläßliche", -"essentielle" oder auch nur -"typische", sondern alle koalitions-"mäßigen" Betätigungen seien gewährleistet.²⁾

Welche Funktionen im einzelnen darunter aber zu verstehen sind, ist mit dieser Definition noch nicht näher umgrenzt. Bevor aber die notwendige Präzisierung im Hinblick auf die Frage eines Schutzes der Streikfreiheit vorgenommen werden kann, ist das bislang ausgesparte, logisch jedoch vorgeschaltete Problem der **Q u a l i - t ä t** einer solchen Garantie zu erörtern.

c) Im Zuge des sich ausweitenden institutionellen Verfassungsverständnisses³⁾ wurde häufig versucht, die Begriffe der "Institutsgarantie" oder der "institutionellen Garantie" hierfür nutzbar zu machen.

Zur Stärkung der individuellen Koalitionsfreiheit werden Bestand und Betätigung der Koalition teilweise als **I n s t i t u t s g a r a n t i e** anerkannt.⁴⁾ Obwohl

1) Vgl. oben S. 80, Fußn. 1

2) So die einprägsame Formulierung von Lerche, Zentralfragen, S. 26; in der Sache ebenso oder ähnlich die oben S. 80, Fußn. 1 Genannten.

3) Kritisch hierzu Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, Köln-Berlin-München-Bonn 1961, S. 240, der von einer "Modeentwicklung" spricht; vgl. auch Scholz, a.a.O., S. 223, der zu Recht bemerkt, das institutionelle Grundverständnis nehme in der heutigen Verfassungstheorie einen ebenso breiten wie dunklen Raum ein. Ähnlich Bettermann, DVBl 1963, 41 (42), der vom "Nebel des Institutionellen" spricht.

4) So von v. Münch, Bonner Kommentar, Zweitbearbeitung, Art. 9, Rdnr. 114; Richardi, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 73

bei dieser Einordnung als Institutsgarantie¹⁾ die objektive Gewährleistung als unmittelbarer Bestandteil der individuellen Rechtsverbürgung genau genommen nur im Rahmen der subjektiven Grundrechtsträgerschaft der beteiligten Individuen bestehen dürfte²⁾, wird diese Beschränkung nicht vorgenommen; vielmehr wird auf dem Umweg über die Institutsgarantie Koalition deren eigenständige Grundrechtsträgerschaft in das Gesamtbild koalitionsrechtlicher Sicherungen integriert.³⁾

Abweichend hiervon wird die kollektive Koalitionsfreiheit aber auch oft als *i n s t i t u t i o n e l l e* *G a r a n t i e* angesehen⁴⁾, mithin bei klassischem Verständnis⁵⁾ als selbständige Rechtsgewährleistung einer Einrichtung öffentlich-rechtlichen Charakters. Wenn auch geltend gemacht wird⁶⁾, die institutionelle Garantie gehe dann tendenziell auch auf Anerkennung eines subjektiven Rechtes einzelner Koalitionen auf Bestand und freie Entfaltung, so ist dies definitionsgemäß doch nicht in gleichem Maße

-
- 1) Als Garantie privatrechtlicher Rechtsinstitute sollte sie als Mittel zur Grundrechtssicherung nur eine konnex oder komplementäre Daseinsberechtigung haben; vgl. C. Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten, 1932, in: Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 210
 - 2) Vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 52
 - 3) So von Richardi, Kollektivgewalt, S. 73 ff.
 - 4) So von Säcker, Grundprobleme, S. 33 ff.; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, Tübingen 1954, S. 382; Biedenkopf, Grenzen der Tarifautonomie, S. 105 f.; W. Weber, Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie als Verfassungsproblem, Berlin 1954, S. 25; Scheuner, Die Verfassungsmäßigkeit des Zweiten Vermögensbildungsgesetzes, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1968, S. 19
 - 5) Vgl. C. Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien, 1931, a.a.O., S. 149
 - 6) Vgl. Scholz, a.a.O., S. 52

erforderlich wie bei der Institutsgarantie.¹⁾

Die Auffassung von der Koalition als institutioneller Garantie muß sich aber den Vorwurf der Abweichung von ihren begrifflichen Grundlagen gefallen lassen.²⁾ Denn daß es sich bei den arbeitsrechtlichen Koalitionen um öffentlich-rechtliche Einrichtungen handelt, bedürfte zumindest sehr eingehender Begründung. Sie wird in der Regel aber nicht gegeben und dürfte auch schwerlich zu liefern sein. Eine Erörterung darüber, inwieweit einer etwaigen institutionellen Garantie subjektive Rechtspositionen zugeordnet werden müssen³⁾, kann danach unterbleiben.

d) Konnten die ausschließlich im Bereich des Institutionellen verharrenden Auffassungen nicht recht überzeugen, so liegt es nahe, schließlich auch den Gedanken einer **g r u n d r e c h t l i c h e n A b s i c h e r u n g** der Koalitionen in Bestand und ihnen gemäßer Betätigung durch Art. 9 III GG eingehender zu erwägen.

In der Tat läßt sich dieser Gedanke heute nicht mehr als Außenseiterposition mit wenigen Worten abtun. Immer häufiger wird Art. 9 III GG angesehen als echtes Doppelgrundrecht, das neben der individuellen Koalitionsfreiheit auch ein kollektives Koalitionsrecht als

-
- 1) Daß bei nicht nur bipolarer Interpretation der Grundrechte ein Verständnis des Menschen auch als Glied zwischenstaatlicher Ordnungen zur Einbeziehung intermediärer Gewalten in die Grundrechtsordnung nötigen kann, soll damit nicht bestritten werden; vgl. zu diesem Gedankengang eingehend M.O. Hinz, Tarifhoheit und Verfassungsrecht, Berlin 1971, S. 119
 - 2) So auch Richardi, Koalitions Gewalt und individuelle Koalitionsfreiheit, AöR 93 (1968), 243 (262)
 - 3) Dafür plädiert etwa M. O. Hinz, Tarifhoheit und Verfassungsrecht, S. 119

Status- und Funktionsgarantie umfaßt.¹⁾ Bemerkenswert ist, daß zu diesem Ergebnis zum Teil auch Vertreter derjenigen Richtungen gelangen, deren Ansatzpunkt im Institutionellen liegt.²⁾ Ob diese Entwicklung einer Rückbesinnung auf das hier zugrundegelegte schärfere Begriffsverständnis zu verdanken ist oder bloß einer allgemeineren Neigung zur "Anreicherung" institutioneller Gehalte mit subjektivrechtlichen Positionen³⁾ entspringt, mag dahinstehen. Offensichtlich wird aber, daß die Ansiedlung der Koalition im "Nebel des Institutionellen"⁴⁾ zunehmend als unbefriedigend empfunden wird. Eine Ursache könnte darin zu suchen sein, daß die Ausweitung⁵⁾, Aufweichung und mitunter Umkehrung⁶⁾ institutioneller Begriffe und Funktionen zu einer weitgehenden Verunsicherung darüber geführt hat, was denn im einzelnen die rechtlichen Konsequenzen einer solchen Zuordnung zu institutionellen Sphären seien. Eine Rückkehr zu dem mit vergleichsweise handfesten Rechtsfolgen ausgestatteten grundrechtlichen Ausgangspunkt erscheint unter diesem Aspekt durchaus verständlich.

1) So von Krüger, a.a.O., S. 19; v. Münch, BK, Art. 9 Rdnr. 155; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 9 Rdnr. 112; Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, Tübingen 1970, S. 66 ff.; Hoffmann, Beamtentum und Streik, AöR 91 (1966), 142 (169 ff.); Lerche, Zentralfragen, S. 25 f.; G. Müller, RdA 1968, 66; Schäfer, Die lückenhafte Notstandsverfassung, AöR 93 (1968), 37 (78); vgl. auch die S. 79 FuBn. 3 erwähnten älteren Stimmen.

2) Vgl. die Analyse bei Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 51 ff.

3) Symptomatisch die Ausführungen von Hinz, Tarifhoheit und Verfassungsrecht, S. 119

4) Vgl. Bettermann, DVBl 1963, 41 (42)

5) Vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 235 ff.

6) Vgl. exemplarisch Häberle, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz, Karlsruhe 1962, S. 73 ff., 104 ff.

Im Interesse einer wirksamen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit ist dem Fazit einer grundrechtlichen Garantie der Koalition in Bestand und ihr gemäßer Betätigung zuzustimmen.¹⁾ Denn angesichts der geschilderten Unzulänglichkeiten und Fragwürdigkeiten eines rein institutionellen Begriffsverständnisses wäre der getane erste Schritt hinein in den Schutzbereich des Art. 9 III GG kaum effektiv ohne den zweiten hin zur grundrechtlichen Absicherung der Koalitionen.

Ob dieses Ziel allerdings auf dem Umweg über die Institutsgarantie oder über die schwankende Brücke des institutionellen oder, wie es der hier geübten schlichteren Denkungsart näher läge, auf direktem Wege erreicht wird, ob man ein Gruppengrundrecht unmittelbar aus Art. 9 III GG bejaht²⁾ oder aus individualrechtlichen Ansätzen über Art. 19 III GG zu ähnlichen Ergebnissen gelangt³⁾, ist für den weiteren Gang dieser Untersuchung nicht von Bedeutung und mag deshalb dahinstehen.

Ausgehend von der kollektiven Grundrechtsposition bleibt aber nun zu klären, inwieweit das Streikrecht von der prinzipiellen Betätigungsfreiheit umfaßt wird. Denn erst dann lassen sich die angestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen für unser ursprünglich rein prozessuales Problem der Zulässigkeit und Voraussetzungen einstweiliger Verfügungen gegen Streiks nutzbar machen.

1) Eine erste Konsequenz hieraus ist die praktisch wichtige Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 a GG i.V.m. § 90 BVerfGG

2) So die meisten der oben S. 84 Fußn. 1 Genannten

3) Diesen Weg verfolgt etwa Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 138 ff.; wohl auch Ramm, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965, S. 173 ff., 188

e) Wesentlich für die verfassungsrechtliche Seite der Problematik ist also, ob sich die prinzipielle Betätigungsfreiheit konkretisieren kann in der Garantie eines einzelnen Koalitionsmittels, des Streiks.

Eine erste Orientierungshilfe bietet schon die Beobachtung, daß man allgemein offenbar wenig Bedenken trägt, die Freiheit zum Abschluß von Tarifverträgen der Betätigungsgarantie des Art. 9 III GG zuzuordnen.¹⁾ Geht man davon aus, so ist - zumindest von einem mehr formalen Standpunkt aus betrachtet - in der Tat nicht recht einzusehen, weshalb der streikbeendende Tarifvertrag das Etikett des Koalitions-"gemäßen" verliehen bekommen soll, der unmittelbar vorausgehende und funktional untrennbar damit verbundene²⁾ Arbeitskampf aber nicht. Tut man daher den weiteren Schritt hin zur Einbeziehung auch des Arbeitskampfes in den Schutzbereich der koalitionsgemäßen Betätigung, so liegt auf der Hand, daß man hiervon den Streik als effektivstes Kampfmittel der Arbeitnehmerseite nicht wird ausnehmen können.³⁾

Einen vor allem wegen seiner verfassungsrechtlichen Offenheit und Flexibilität interessanten Ansatz ver-

1) Vgl. etwa BAG AP Art. 9 GG, Arbeitskampf Nr. 1

2) Vgl. oben S. 71 ff.

3) So überzeugend Lerche, Zentralfragen, S. 42 ff.; ebenso Abendroth, GewMH 1954, 259; Däubler, Streik im öffentlichen Dienst, S. 66 ff.; F. Baur, JZ 1953, 649; Hessel, BB 1951, 85; Hoffmann, AöR 91, 142 (169); Meissinger, NJW 1955, 972; Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 9 Rdnr. 112; G. Müller, RdA 1968, 66; v. Münch, BK, Art. 9 Rdnr. 155; Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 31 f.; Schnorr v. Carlsfeld, Arbeitsrecht, S. 321

mittelt neuerdings Scholz¹⁾. Er leitet aus Art. 9 III GG unmittelbar nur die individuelle Freiheit zur Koalitionsbetätigung ab, die aber nach Maßgabe des Art. 19 III GG der Koalition selbst als kollektives Ausübungsrecht zugute kommen soll.²⁾

Von der Betätigungsfreiheit wird nach Solz als grundsätzliche Erscheinungsform des Koalitionsverfahrens neben der Koalitionseinigung vor allem auch der Koalitionskampf umfaßt.³⁾ Ob und inwieweit damit auch ein einzelnes Koalitionsmittel als solches geschützt ist, soll sich indessen daraus ergeben, ob es tatsächlich innerhalb der Grundrechtsausübung des Art. 9 III GG oder deren "praktischer Konsonanz" eine dominierende Stellung innehat, es sich - in Scholz'scher Terminologie - aus der "aktual-typischen Grundrechtsfunktion" des Art. 9 III GG ergebe.⁴⁾ Das derart gewonnene Ergebnis gelte jedoch nur so lange, wie die Summe der aktuellen Grundrechtsausübungen ihrem bisherigen Leitbild entspreche, die Grundrechtstypisierung korrigiere sich also fortwährend dergestalt selbst "im Fluß typisierender Fortbildung freiheitlicher Funktionsinhalte"⁴⁾.

Gegen die Praktikabilität dieser Kriterien mag man noch etliche Vorbehalte hegen, immerhin stellen sie einen ersten Versuch dar, die grundlegenden Verfassungsentscheidungen zu konkretisieren, ohne sie auf Dauer zu versteinern und damit dem sozialen Fortschritt zu entziehen.

1) Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem,
München 1971

2) a.a.O.S.148

3) a.a.O.S.120

4) a.a.O.S.105

Auf die hier interessierende Frage nach der Stellung des Streikrechtes gibt Scholz eine klare Antwort: Der Streik sei jedenfalls zum "tatsächlichen Regelungstypus" erstarkt und unterstehe daher der Schutzwirkung der aktual-typischen Grundrechtsfunktion.¹⁾ - Auch Lerche läßt erkennen, daß er als Ergebnis einer ähnlichen Wertung das Streikrecht gegenwärtig der von Art. 9 III GG umfaßten koalitionsge-
mäßigen Betätigung zuordnen würde.²⁾

Daß dieses Resultat mit Art. 9 III S. 2 GG konform geht, wurde bereits früher klargestellt.³⁾

Auch wenn man es zurückhaltend ablehnt, Art. 9 III S. 3 GG zur Bekräftigung oder gar zum Beweis dieser These heranzuziehen, so wird man doch immerhin der neuen Vorschrift auch keine Absage an das geschilderte Verfassungsverständnis entnehmen können.⁴⁾

Von der Grundrechtsqualität der kollektiven Streikfreiheit kann und soll danach für die folgenden Überlegungen ausgegangen werden, ohne daß es für die hiesigen Zwecke einer tieferen Erörterung der zu diesem Ergebnis führenden weiteren vielfältigen Gedankengänge noch bedürfte.

Fragt man nun aber nach der Bedeutung dieses Einrückens der Streikfreiheit in den grundrechtlich geschützten Bereich für die Beurteilung einstweiliger Verfügungen gegen Streiks, so ergibt sich unter dem Aspekt möglicher Kollisionen sofort die Notwendigkeit; zu einem weiteren grundsätzlichen Streitpunkt neuerer Verfassungsinterpreta-

1) a.a.O S. 121, 149, 261 und öfters

2) Vgl. Lerche, Zentralfragen, S. 57, 87 f.

3) Vgl. oben S. 77 ff.

4) Vgl. oben S. 72 f.

tion Stellung zu nehmen, nämlich der Frage nach den Grenzen der Streikfreiheit gemäß Art. 9 III GG.

B. Die Schranken der Streikfreiheit

1. Schrankenlose Garantie, allgemeiner Gesetzesvorbehalt oder Vorbehalt der allgemeinen Gesetze?

a) Nach seinem Wortlaut sind Art. 9 III GG keinerlei Schranken gesetzt.

Trotzdem wurde vor wenigen Jahren noch überwiegend die extrem konträre Behauptung aufgestellt¹⁾, die Koalitionsfreiheit bestehe nur im Rahmen der allgemeinen Rechtsordnung. Dieser allgemeine Gesetzesvorbehalt könnte angebracht sein, wenn man unter Übergehung der Spezialvorschrift des Art. 9 III GG die koalitionsrechtlichen Grundlagen ausschließlich in Art. 2 I GG suchen dürfte. Dann nämlich ließe sich eine Deckung dieses weitreichenden Vorbehaltes mit der "verfassungsmäßigen Ordnung" im Verständnis des Bundesverfassungsgerichtes²⁾ erzielen. Da die *sedes materiae* aber **a u s s c h l i e ß l i c h** in Art. 9 III GG zu suchen ist,³⁾ erscheint dieser Rückgriff als durchaus unzulässig.⁴⁾

Trotzdem läßt diese Auffassung der Dinge einen zutreffenden Rest erkennen, wenn bisweilen formuliert wird, es

1) Vgl. Kaiser, Der politische Streik, 2. Aufl., Berlin 1959, S. 15; Siebrecht, Recht im Arbeitskampf, S. 30; Promberger, Arbeitskampf und Einzelarbeitsvertrag, S. 15 ff.; Weber, Koalitionsfreiheit, S. 25 ff., 34 ff.; Nikisch, Arbeitsrecht, S. 111; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 394 ff.; Forsthoff, Gutachten, S. 11

2) Grundlegend BVerfGE 6, 37

3) Vgl. schon oben S. 79 ff.

4) Vgl. Lerche, Zentralfragen, S. 33

seien "auf die Koalitionsfreiheit selbst gezielte" Schranken jedoch auszuschließen¹⁾; wo des Pudels Kern steckt, offenbart schließlich auch die Wendung von den "Schranken des für alle geltenden Gesetzes", deren Geltung "völlig außer Streit stehe".¹⁾

Was hier bewußt oder unbewußt angesprochen wird, ist nicht mehr der vielleicht ursprünglich gemeinte allgemeine Gesetzesvorbehalt, sondern die Verengung zum Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes, wie er beispielhaft von Art. 5 II GG angeführt wird.

Unter diesem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze steht aber in der Tat die Streikfreiheit, auch wenn sich das dem Wortlaut des Art. 9 III GG nicht entnehmen läßt.²⁾

Allerdings soll zur Untermauerung dieser verfassungstheoretisch beschränkten Aussage nicht so sehr auf ganz allgemein gehaltene Entwürfe eines neuen Verfassungsverständnisses zurückgegriffen werden, die jedes Grundrecht dem Generalvorbehalt der allgemeinen Gesetze glauben unterstellen zu sollen.³⁾ Diesem gewandelten Grundrechtsver-

1) So Herschel, Verhandlungen des 46. DJT, Bd. II (Sitzungsberichte), Teil D, S. 30 f.

2) So Bettermann, Grenzen der Grundrechte, Berlin 1968, S. 27 f.; Lerche, Zentralfragen, S. 35 f.; ders., Übermaß und Verfassungsrecht, S. 220; ders., VVDStRL 21, 66 (S. 67 Nr. 7); ders., ZZP 78, 1 (14, Nr. 25); Rüfner, Der Staat 1968, 55; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 335 ff.; ders., RdA 1970, 210 (212); Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 32 ff.; Scheuner, VVDStRL 22, 80; Eike von Hippel, Grenzen und Wesensgehalt der Grundrechte, Berlin 1965, S. 25 f., 30, 43; Schmid, Arbeitskampf und Notstand, S. 98 f.

3) So etwa von Häberle, a.a.O., S. 32; von Hippel, a.a.O., S. 25 f., 30, 43

ständnis, für das Gesetz und Freiheit "ineinander stehen"¹⁾, läßt sich auf weite Strecken der Vorwurf des Antiliberalismus nicht ersparen.²⁾ Neben solchen im Hinblick auf ein spannungsfreies Grundrechtsverständnis unbestimmteren Vorbehalten mahnt noch ein konkreterer zur Distanz: Die Theorie vom Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes in dieser weiten Form verleugnet die Formtypik des Grundgesetzes, das sich in seinem Grundrechtskatalog für differenzierte, gestufte Gesetzesvorbehalte und gegen die Generalklausel entschieden hat.

Die damit angedeutete Reserve kann sich indessen nicht auf Bettermann³⁾ beziehen, der den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze als Mittel der Gleichheitssicherung u.a. gegenüber der Meinungs- und Publizistenfreiheit - und wohl allgemein der Kommunikationsfreiheit⁴⁾ - auffaßt und von diesem konkreteren Ansatzpunkt aus die Frage einer Ausdehnung des Vorbehaltes auf andere Grundrechte differenziert beantworten kann. Da Assoziation, Koalition und Kommunikation nach Bettermann nicht gleichheitswidrig privilegiert, sondern nur garantiert werden sollen, stünden auch diejenigen Grundrechte unter dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze, welche die Überzeugungs- und Gruppenbildung ermöglichen. Damit ist in Bettermannscher Sicht der Vorbehalt bei Art. 9 III GG und insbesondere bei der Streikfreiheit begründet. Diesem grundrechtskonformen Gedankengang wird man die Folgerichtigkeit nicht absprechen können, sofern man nur seine Prämisse akzeptiert.

1) Häberle, a.a.O., S. 53, 225, 229

2) Vgl. hierzu eingehend Knies, Kunstfreiheit, S. 33 ff.

3) Grenzen der Grundrechte, S. 26 f.

4) Vgl. Bettermann, a.a.O., S. 27 unten

Eine weitere Gruppe von Autoren¹⁾ mißt der Plazierung der allgemeinen Gesetze in Art. 5 II GG exemplarische Bedeutung bei. Die Stellung der Schranke signalisiere danach ihre umfassende Bedeutung für die Kommunikationsfreiheit. Sei aber das allgemeine Gesetz Schranke jeder Kommunikationsfreiheit²⁾, so müsse diese Schrankenordnung auf Art. 5, 8, 9 als "Komplex sachlich verwandter Freiheitsgarantien"³⁾ bezogen werden.⁴⁾

Man wird dieser Argumentation jedenfalls dann folgen können, wenn darauf geachtet wird, daß keine pauschale Übertragung des Schrankenvorbehaltes stattfindet, sondern immer im Einzelfall geprüft wird, ob der möglicherweise zu beschränkende Freiheitsgehalt kommunikatives Gepräge aufweist.⁵⁾ Diese Prüfung kann bei einzelnen abgrenzbaren Teilinhalten derselben Grundrechtsverbürgung durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.

Damit geht die Feststellung von Scholz⁶⁾ konform, im Rahmen der Koalitionsfreiheit komme das Prädikat eines echten Kommunikationsgrundrechtes nur den Freiheiten von Koalitionsbildung und -Verfahren zu. Denn nur sie setzen

1) So Lerche, Zentralfragen, S. 35; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 335; H.D. Schmid, a.a.O., S. 97 f.; wohl auch Geitner, Zur Zulässigkeit der Gründung von Sprecherausschüssen für leitende Angestellte, DB 1973, 280

2) Vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 335 ff.

3) So Lerche, Zentralfragen, S. 35 f.

4) Vgl. die entsprechenden Überlegungen zur Anwendung des Art. 5 II GG auf Art. 5 III GG bei Knies, a.a.O., S.257 ff.

5) Dieser Einschränkung genügt z.B. die Formulierung bei Scholz, a.a.O., S. 351, die Koalitionsfreiheit unterstehe dem Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes, "soweit sie Kommunikationsgrundrecht" sei.

6) Koalitionsfreiheit, S. 351

Kommunikation voraus und sind gleichzeitig spezifische Formen der Kommunikation. Dem Koalitionsverfahren zugehörig, unterliegt die Streikfreiheit somit dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze.

Eine gewisse Bestätigung findet diese Auffassung in der herrschenden Auslegung des Art. 9 II GG, der allgemein¹⁾ auch auf Art. 9 III GG angewandt wird. Denn auch dort versteht man unter "Strafgesetzen" durchweg nur "allgemeine Strafgesetze"²⁾³⁾.

Zur mittelbaren Stützung dieses Standpunktes darf weiter auf die Formulierung der notstandsrechtlichen Ergänzung des Art. 9 III S. 3 GG verwiesen werden. Denn spricht diese Vorschrift davon, daß sich gewisse Notstandsmaßnahmen nicht gegen Arbeitskämpfe "richten" dürfen, so ist damit gerade ein nach wohl überwiegender Meinung⁴⁾ wesentliches Kriterium der Allgemeinheit eines Gesetzes angesprochen.

-
- 1) Vgl. etwa Rüthers, Streik und Verfassung, S. 29; Hesse, Verfassungsrecht, S. 157; v. Mangoldt-Klein, GG, Art. 9 Anm. VI 1; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. II, S. 385, 389; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 328 f.; Hamann-Lenz, GG, Art. 9 Anm. A 1
 - 2) Vgl. etwa Lerche, Zentralfragen, S. 35 Fußn. 120; Hesse, a.a.O., S. 157; Scholz, a.a.O., S. 328; Bettermann, Grenzen der Grundrechte, S. 28; BVerfGE 17, 155 (166 f.)
 - 3) Daß daraus kein Umkehrschluß abzuleiten ist auf die Unzulässigkeit weiterer allgemeingesetzlicher Schrankenziehungen, folgt aus den Ausführungen bei Lerche, a.a.O., S. 35: "Sinn des Art. 9 II GG ist es, Vereinigungen überhaupt verbieten zu lassen, die durch Hinwendung zu strafrechtlichem Unrecht usw. "geprägt" werden. Sinn der Begrenzung durch die "allgemeinen Gesetze" dagegen ist es, das Recht auf Betätigung der Vereinigung von vorneherein nur unter bestimmten Schranken zu halten, mag auch eine gelegentliche Mißachtung dieser Schranken das Wesen der konkreten Vereinigung noch nicht kennzeichnen und daher nicht zu ihrem Verbot führen dürfen."
 - 4) Vgl. dazu sogleich unter B 1 b)

Die damit gefundene "Verwandtschaft"¹⁾ legt die Vermutung nahe, daß die im Notstandsfalle gesetzte Schrankenschranke nicht niedriger sein wird als die in der Normallage gültige. Damit gerät die oben bereits abgelehnte These vom generellen Gesetzesvorbehalt auch von der Notstandsgesetzgebung her in Einpassungsschwierigkeiten; demgegenüber bringt die hier verfolgte Linie vom Vorbehalt der allgemeinen Gesetze wegen der konstatierten Verwandtschaft keinerlei Harmonisierungsprobleme.

b) Hat sich damit die Theorie vom Vorbehalt der allgemeinen Gesetze als zutreffend erwiesen, so kann ihre Nutzanwendung im Hinblick auf Einordnung und Qualifizierung der prozessualen Normen, die einstweilige Verfügungen gegen Streiks zu tragen imstande sein könnten, erst dann mit dem Anspruch auf einige Exaktheit vorgenommen werden, wenn zunächst der schillernde Begriff des allgemeinen Gesetzes hinreichend fixiert worden ist.

Wer sich auf die Suche nach der Klärung dieses Begriffes begibt, sieht sich allerdings schon nach kurzem in der Gefahr, sich im wuchernden Unterholz jahrzehntealten Streitigkeiten zu verlieren.²⁾ Daher muß sich eine Erörterung im Rahmen weiterer Thematik wie die hiesige notwendig auf das vergrößernde Zusammenfassen der vertretenen Grundlinien beschränken, um sodann den eigenen Standpunkt bestimmen zu können.

Eine erste frühe Auffassung zu Art. 118 WRV, der ebenfalls den Begriff des allgemeinen Gesetzes enthielt, maß dem Wort

1) Lerche, Zentralfragen, S. 94

2) Vgl. nur die Darstellung bei Schwark, Der Begriff der "Allgemeinen Gesetze" in Art. 5 Absatz 2 des Grundgesetzes, Berlin 1970, S. 22 - 93

"allgemein" keine Bedeutung bei; es sei nur durch ein Redaktionsversehen in den Verfassungstext geraten.¹⁾ Die Konsequenz wäre ein Gleichsetzen des allgemeinen Gesetzesvorbehaltes mit dem Vorbehalt des allgemeinen Gesetzes. Daß das Mißgeschick eines redaktionellen Versehens beim gleichen umstrittenen Begriff auch dem Verfassungsgeber unseres Grundgesetzes unterlaufen sein sollte, kann aber als allzu unwahrscheinlich nicht mehr unterstellt werden.²⁾

Weite Verbreitung³⁾ hat dagegen die Lehre Smends⁴⁾ erfahren, wenn sie sich dabei auch mancherlei Abwandlungen gefallen lassen mußte. Ihr zufolge haben allgemeine Gesetze den Schutz höherrangiger Gesellschaftswerte sowie der Rechte und Freiheiten anderer im Auge. Danach sind allgemein diejenigen Gesetze, die höherwertige Rechtsgüter oder Interessen schützen, was anhand einer Güterabwägung zwischen dem zu beschränkenden Grundrecht und dem Rechtsgut des beschränkenden Gesetzes zu ermitteln ist.⁵⁾ Bedenken ergeben sich zunächst schon daraus, daß Smend an die Qualität der allgemeingestzlich geschützten Rechtsgüter keine weiteren Anforderungen stellt; es könnte also einem einfachgesetzlich geschützten Rechtsgut der Vorrang vor den beschränkten Verfassungsgütern eingeräumt werden. Diesem Einwand, der auf eine Auflösung der Rangunterschiede von Verfassungsnorm und einfachem Gesetz zielt⁶⁾,

1) So PrOVG 77, 519

2) Weitere grundlegende dogmatische Einwände gegen diesen nunmehr wohl historischen Ansatz finden sich bei Kemper, Pressefreiheit und Polizei, Berlin 1964, S. 59 f.

3) Vgl. Hellwig, Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. II, S. 24, 26; Poetsch-Heffter, WRV, Art. 118, Anm. I 3; Huber, AöR NF 23, 1 (20 ff.); Koellreuter, Kaufmann, Triepel in VVDStRL 4, 76; Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 32; BGH NJW 1961, 1116; BVerfGE 7, 198 (209)

4) Grundlegend VVDStRL 4, 44

5) Ähnlich auch Scheuner, DVBl 1964, 17 (19)

6) Vgl. Schwark, Begriff der "Allgemeinen Gesetze", S. 52

wird denn auch teilweise¹⁾ dadurch abzuhelpen versucht, daß zur Güterabwägung nur verfassungskräftig abgesicherte Güter zugelassen werden.

Es bleibt jedoch das Bedenken Bettermanns²⁾, die Smend-sche Lehre erweise sich bei Lichte besehen als Zirkel-schluß. Bettermann kann sich zur Beweisführung auf Smend selbst berufen, der die allgemeinen Gesetze zu "jenem Typus juristischer Begriffsbestimmungen rechnet, die den Tatbestand einer Rechtsfolge lediglich dahin bezeichnen, daß es ein die Rechtsfolge rechtfertigender Tatbestand sein müsse"³⁾. Wenn dafür auch die Bezeichnung Zirkel-schluß im strengen Sinn nicht anwendbar sein mag⁴⁾, so enthüllt die Feststellung Bettermanns⁵⁾ doch die Vagheit des Smendschen Güterabwägungsblanketts, wenn er zutref-fend folgert, nach Smend genieße den Vorrang vor dem Grundrecht jedes Gesetz, das diesen Vorrang verdiene.

Spezifischen Angriffen sieht sich die Variante des Bun-desverfassungsgengerichtes⁶⁾ ausgesetzt, nach der die erfor-derliche Güterabwägung nicht abstrakt durch Vergleich objektiver Werte, sondern konkret unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorgenommen werden soll.⁷⁾ Dadurch wird der Charakter des Allgemeinen relativiert. Eine Norm kann im einen Fall der Definition genügen, im zweiten kann ihr aus Einzelfallerwägungen heraus das Prä-dikat versagt werden. Mit bestechender Prägnanz trifft

1) Vgl. z.B. Schnur, VVDStRL 22, 125

2) Die allgemeinen Gesetze als Schranken der Presse-freiheit, JZ 1964, 601

3) a.a.O. S. 54

4) Dies ist Schwark, a.a.O. S. 49 zuzugeben.

5) JZ 1964, 601 (602, rechts unten)

6) Vgl. BVerfGE 7, 198 (210)

7) Dem BVerfG folgend Dürig, DöV 1958, 194 (197)

Lerche das Bundesverfassungsgericht mit der Diagnose, es habe aus dem Gesetzesvorbehalt einen Urteilsvorbehalt gemacht.¹⁾ In der Tat ist es ein zweifelhaftes Werk der Verfassungsinterpretation, die Schleusen der Kasuistik zu öffnen.²⁾

Könnte sonach auch die material geprägte Betrachtung im Anschluß an Smend nicht völlig überzeugen, so bleibt dem Suchenden nur noch eine letzte Hauptgruppe vorgefundener Meinungen zu sichten, die sich durch stark formale Aspekte auszeichnen.

Als Ahnherren dieser Meinungsfamilie³⁾ werden allgemein Häntzschel⁴⁾ und Rothenbücher⁵⁾ genannt. Der Kürze wegen soll aber hier nicht die ganze Entwicklungsgeschichte dieser Auffassung abgehandelt⁶⁾, sondern gleich auf die zur Abgrenzung für wesentlich gehaltenen Begriffspaare generell - individuell und generell - speziell eingegangen werden.

1) Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 150

2) Ähnlich auch Bettermann, JZ 1964, 601 (602)

3) Ihr sind zuzurechnen: Bettermann, a.a.O., S. 601 ff.; ders., Grenzen der Grundrechte, S. 22 ff.; Rübner, Der Staat 1968, 56; Geiger, Festschrift für A. Arndt, S. 138; Kemper, Pressefreiheit und Polizei, S. 65 ff.; Rehbindner, Presserecht, 1967, S. 31 f.; Lerche, Zentralfragen, S. 36; ders., Übermaß und Verfassungsrecht, S. 113 f., 149 f.; ders., Presse, Pressefreiheit, Ev. Staatslexikon, Sp. 1605; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 339 ff.; ders., DVBl 1968, 732 (737); mit anderen Abgrenzungskriterien auch BGHZ 51, 236 (249); Forsthoff, Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen, S. 36 ff.

4) Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Bd. II, Tübingen 1932, S. 651 ff. (659)

5) VVDStRL 4, 6 (20)

6) Hierzu kann auf Schwark, a.a.O., S. 45 ff., 53 ff. verwiesen werden.

Wer für den Begriff des Allgemeinen i. S. d. Art. 5 II GG die erste Antinomie für wichtig hält¹⁾, grenzt hier genauso ab wie im Bereich des Art. 19 I S. 1 GG, wo von einem Gesetz verlangt wird, daß es "allgemein und nicht nur für den Einzelfall" gilt. Diese These vom bloßen Verbot des Individualgesetzes liefe aber wieder auf einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt hinaus²⁾, was wegen der Formtypik des Grundgesetzes nicht richtig sein kann.

Gemäß der ungleich häufiger anzutreffenden³⁾ Abgrenzung nach dem Gegensatz generell - speziell schließt Art. 5 II GG dagegen Sonderrecht gegen die Meinungsfreiheit (hier: die Koalitionsfreiheit, soweit sie Kommunikationsgrundrecht ist) aus.⁴⁾ Als allgemeines Gesetz vermag danach nur dasjenige zu halten, das seinem Inhalt nach - nicht nur personell - allgemein ist, also jedermann anspricht.⁵⁾ Als Ausprägung des Gleichheitsgedankens⁶⁾ soll die Formel vom allgemeinen Gesetz also dafür sorgen, daß die Ausübung eines Kommunikationsgrundrechtes nicht einer speziellen Reglementierung oder besonderen Sanktionen unterworfen wird, die gegenüber anderen Grundrechtsbetätigungen nicht platzgreifen. Allgemein Erlaubtes soll nicht deshalb verboten werden dürfen, weil ein Kommunikationsgrundrecht ausgeübt

1) So Forsthoff, a.a.O., S. 36 ff.

2) So zutreffend Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 336, der darauf hinweist, daß Art. 5 II GG keinen Vorbehalt der "Eingriffsallgemeinheit", sondern den minderen Vorbehalt des bloß "allgemeinen Eingriffs" errichte.

3) Vgl. sämtliche Belege oben S. 97, FuBn. 3 mit Ausnahme des BGH und Forsthoff

4) Vgl. Häntzschel, AöR 50, 232; ähnlich § 1 II BayPresseG: "Sondermaßnahmen jeder Art, die die Pressefreiheit beeinträchtigen, sind unstatthaft."

5) Vgl. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 336

6) Vgl. Kemper, Pressefreiheit und Polizei, S. 65 ff.

wird; allgemein Verbotenes soll nicht durch Berufung auf das Grundrecht erlaubt werden.¹⁾

Diese Definition des allgemeinen Gesetzes erscheint **s i n n v o l l**, weil sie einerseits nicht den Vorbehalt der allgemeinen Gesetze herunterspielt zum allgemeinen Gesetzesvorbehalt, andererseits aber auch nicht in einer nebulösen, sich letztlich in Kasuistik verlierenden Güterabwägungslehre endet, für die es an sicheren Kriterien fehlt.²⁾ Sie erscheint daneben auch als **p r a k t i k a - b e l**; denn schon die Frage nach dem Schutzgut eines Gesetzes ist bisweilen nicht ohne weiteres zu beantworten, die nach der Höherwertigkeit führt oft endgültig in die Ratlosigkeit; ob dagegen - nunmehr in der Terminologie von Scholz³⁾ - ein Gesetz unabhängig von der kommunikativen Freiheitsausübung freiheitsbeschränkende Erfolge zeitigt, wird sich objektiv und relativ einfach feststellen lassen.

Daher soll nunmehr von dem zuletzt geschilderten formalen Verständnis der allgemeinen Gesetze ausgegangen werden.

2. Weitere Schranken der Streikfreiheit

a) Zur grundsätzlichen Organisation des Auseinandersetzungsprozesses der Sozialpartner, die vom Verfassungsgeber trotz ihrer "Verfassungsschwere"⁴⁾ unterlassen wurde, ist dem einfachen Gesetzgeber das Recht zuzubilligen, die grund-

1) Vgl. Kemper, Pressefreiheit und Polizei, S. 67

2) Diesen Einwand führt mit Recht auch Kemper, a.a.O., S. 63, gegen die materialen Deutungen ins Feld.

3) Koalitionsfreiheit, S. 344

4) Lerche, Zentralfragen, S. 38

sätzlichen Startbedingungen und Instrumente¹⁾ der Koalitionen festzulegen. Ob es trotz zugestandener Sondergesetzlichkeit derartiger Organisationsregelungen möglich ist, durch Differenzierung zwischen Ausübungsform und Inhaltsrecht die Organisationsgesetzgebung im Bereich der allgemeinen Gesetze anzusiedeln²⁾, dürfte höchst zweifelhaft sein³⁾; die Frage kann aber in unserem Zusammenhange unentschieden bleiben.

b) Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß weitere Schranken im Einzelfall eine Rolle spielen können: so etwa Art. 9 II GG⁴⁾, Sozialpflichtigkeit und Mißbrauchsverbot als Beispiele generaler Schranken oder etwa Art. 33 IV, V als Beispiel spezieller Schranken.⁵⁾

3. Die allgemeinen kampfrechtlichen Begrenzungen im Schrankensystem der Koalitionsfreiheit

Das Arbeitskampfrecht zeichnet sich aus durch eine zunehmende Verfeinerung und Verästelung der von ihm entwickelten Rechtswidrigkeitsregeln.⁶⁾ In den aufgestellten Rechtswidrigkeitskatalogen⁷⁾ finden sich die ver-

1) Vgl. Lerche, Zentralfragen, S. 37; ähnlich Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 9 Rdnr. 127, 129; Säcker, Grundprobleme, S. 84 ff.; Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 248 ff., 353 ff.

2) So aber Scholz, a.a.O., S. 350

3) Von der Eigenständigkeit dieser Regelungskategorie geht auch Lerche, a.a.O., S. 37 ff. aus.

4) Vgl. schon oben S. 93

5) Vgl. zum Ganzen ausführlich Scholz, a.a.O., S. 325 ff.

6) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, S. 977 ff.

7) Vgl. etwa die Zusammenstellung bei Lerche, Zentralfragen, S. 20 ff.

schiedensten Elemente, deren Zugehörigkeit zu den soeben entwickelten Kategorien verfassungsrechtlicher Schranken-
setzung nicht immer ganz eindeutig zu ermitteln ist. Das
liegt zum einen sicher daran, daß Systematisierung und
Typisierung auf diesem Sektor des Rechtes noch im Werden
sind, zumal - in Lerches Worten¹⁾ - "über dem prinzipiell-
len Verhältnis von Arbeitskampf und Rechtswidrigkeit
noch mancher Schatten liegt". Zum anderen aber dürften
die aus der kargen Behandlung der Koalitionsfreiheit re-
sultierenden verfassungsrechtlichen Unsicherheiten ihrer-
seits die Arbeitsrechtler zu völlig verfassungsgerechter
Systematik auch nicht gerade ermuntert haben.

Immerhin läßt sich bei vielen Rechtswidrigkeitsregeln
die systematische Einordnung doch vornehmen. So ist das
Verbot des ruinösen Arbeitskampfes, d.h. desjenigen,
der die wirtschaftliche Existenz des Gegners zu zerstö-
ren geeignet ist²⁾, sicher zu deuten als Ausfüllung
schon immanenter Schranken der Kampffreiheit aus Art. 9
III GG; denn etwa ein ruinöser Streik wird kaum der Wah-
rung und Förderung der Arbeitsbedingungen dienen. - Da-
gegen ist z.B. das Verbot deliktischer Arbeitskämpfe³⁾
als allgemeingesetzliche Schranke zulässig. - Das Verdikt
über den amtswidrigen Streik⁴⁾ schließlich wird gedeckt
von der Spezialschranke des Art. 33 IV, V GG.

C. Die Ermächtigungsnormen einstweiliger Verfügungen
gegen Streiks (§ 62 II ArbGG, §§ 935, 940 ZPO) im
Schrankensystem des Art. 9 III GG

Eine Beeinträchtigung der nach dem Gesagten in Art. 9

1) Zentralfragen, S. 21

2) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 148 f.;
Reuss, AuR 1963, 225 (231)

3) Vgl. Nikisch, Arbeitsrecht, S. 135 ff.; Siebrecht,
Recht im Arbeitskampf, S. 63 ff.

4) Vgl. BVerfGE 8, 17; Reuss, DVBl 1968, 57

III GG prinzipiell geschützten Kampffreiheit durch die Zulassung einstweiliger Verfügungen gegen Streiks käme nur dann in Betracht, wenn die den Richter ermächtigenden Normen der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO keinen Platz im Schrankensystem der Streikfreiheit nach Art. 9 III GG finden könnten. Erst dann wäre es angebracht, die genannten prozessualen Normen auf ihre Vereinbarkeit mit den allgemeinen kampfrechtlichen Begrenzungen¹⁾ zu überprüfen und aus etwa überschießenden freiheitsbegrenzenden Wirkungen heraus Folgerungen abzuleiten für die Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks oder die restriktive Interpretation der sie stützenden Normen.²⁾ Gehören die genannten Normen dagegen selbst einer verfassungsrechtlich anerkannten Schicht von Begrenzungen der Kampffreiheit an, so ist eine Beeinträchtigung der Streikfreiheit nicht denkbar.

1. §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als allgemeine Gesetze

Ob die Ermächtigungen zu einstweiligen Verfügungen dem Kreise der allgemeinen Gesetze zuzurechnen sind, ist nach der oben getroffenen Begriffsbestimmung³⁾ nunmehr allein nach den Kriterien der mehr formalen Betrachtungsweise zu entscheiden.

Die Frage wäre also dann zu bejahen, wenn die in Rede stehenden Normen ein Verhalten der Bürger ohne Rücksicht darauf behinderten, beschränkten oder verböten, ob sie von einem Kommunikationsgrundrecht Gebrauch machen oder nicht, zu verneinen hingegen, wenn sich erweisen sollte,

1) Vgl. oben S. 100 f.

2) Insofern methodisch anfechtbar Brändel, a.a.O., S. 27 ff. (34), weil er übersieht, daß die Kampffreiheit u.U. auch von §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO selbst in verfassungsrechtlich zulässiger Weise begrenzt werden könnte.

3) Vgl. oben S. 94 ff.

daß sie sich nur mit den Freiheiten aus Art. 9 III GG befassen, sie Eingriffe speziell in die hier geschützten Grundrechte tragen sollen¹⁾, kurz, sie als Sondergesetze gegen die Streikfreiheit zu qualifizieren sind.

Ist aber das Problem erst bis zu dieser Fragestellung präzisiert, so liegt auch die Lösung bereits zutage. Denn daß §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO auch in nichtkommunikationsrechtlichem Kontext freiheitsbeschränkende Wirkungen haben, liegt auf der Hand.²⁾ Die Zahl denkbarer Anwendungsfälle außerhalb des kommunikativen Bereiches ist Legion; ob es um die Sicherung eines Herausgabeanspruches oder um die Untersagung unlauterer Wettbewerbshandlungen im Wege einstweiliger Verfügung geht, es werden auch in diesen Fällen Freiheiten außerhalb des Schutzbereiches des Art. 9 III GG eingeschränkt.

Von einem Sonderrecht gegen die Streikfreiheit kann daher nicht gesprochen werden. Es liegt weder eine besondere Zielgerichtetheit vor noch eine ausschließliche freiheitsbeschränkende Wirkung im Bereich des Art. 9 III GG. Die §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO sind demnach als **a l l g e - m e i n e G e s e z e** anzusehen.

2. §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als unzulässige allgemeine Gesetze?

Gleichwohl könnte man gegen ein Einrücken in die Reihe der allgemeinen Gesetze als zulässige Schranke der Streikfreiheit Bedenken haben.

Sie setzen an der Beobachtung an, daß auch bloß mittelbare,

1) Vgl. Bettermann, JZ 1964, 601 (603)

2) Vgl. auch Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 344

reflexive Berührungen zu den erheblichsten Beeinträchtigungen führen können. Dies veranlaßt etwa Lerche¹⁾, den Sondergesetzen solche allgemeinen Gesetze als unzulässig an die Seite zu stellen, die wegen des Ausmaßes mittelbarer Berührung einem unmittelbaren, zielstrebigem Eingriff in das grundrechtliche Rechtsgut gleichzuachten sind. Gerade aber im Hinblick auf eine eventuelle Zulassung nicht vorausprüfender - "offener" - Verfügungen sind die mittelbaren Belastungen der Streikfreiheit erheblich; denn bei Anerkennung dieser Verfügungsart käme es auf eine genaue Beachtung der anderweitig allgemeingesetzlich entwickelten Rechtswidrigkeitsschranken nicht an, sodaß in der Tat recht häufig die Schranken tief in den ansonsten unangestasteten Zentralzonen des Grundrechtes aktualisiert werden müßten.

So hätte der Richter in einem Verfahren, in dem die Arbeitgeberseite ihren Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gegen eine Gewerkschaft auf die Verletzung tariflicher Friedenspflichten stützt, die Verfügung auch bei unklarem Inhalt des Tarifvertrages zu erlassen, sofern nur die Interessen der Arbeitgeberseite höherwertig erscheinen und die Auslegung des Tarifvertrages durch den Antragsteller **n i c h t** von vorneherein als **a b - w e g i g** bezeichnet werden kann. Genauso wäre bei überwiegendem Interesse des Antragstellers zu verfahren, wenn der Antrag auf dem Richter möglich erscheinende Sozialinadäquanz des Streiks gestützt wird; er müßte in einem solchen Falle die Verfügung selbst dann erlassen, wenn der Tatbestand keiner anerkannten Fallgruppe der Sozialinadäquanz subsumiert werden kann, ihr Vorliegen dem Richter aber gleichwohl **n i c h t** als **a u s g e - s c h l o s s e n** erscheint. Da die hiermit angesprochene

1) Vgl. Lerche, Übermaß und Verfassungsrecht, S. 114 f.

"Grauzone" im Arbeitskampfrecht besonders weit ist, wären also materiell unrichtige Entscheidungen bei dieser Form der Vorausprüfung nichts Außergewöhnliches, ja sie wären zweifellos in großer Zahl zu erwarten.

Trotz des erheblichen Gewichtes der geschilderten Bedenken, die gerade auch gegen die extensive Lesart der general-klauselartigen Verfügungsermächtigungen sprechen, muß dem Einwand aus Gründen dogmatischer Klarheit entgegengetreten werden. Selbst wenn man die anfechtbare Parallele zum verfassungsrechtlichen Vermögensschutz des Art. 14 GG außer acht läßt¹⁾, verwundert an Lerches Argumentation die Leichtigkeit, mit der die allgemeinen Gesetze in zulässige und unzulässige unterteilt werden, die unzulässigen sodann mit der gleichen Sanktion wie Sondergesetze belegt werden. Die Verfassung erklärt demgegenüber die Gesamtheit der allgemeinen Gesetze schlechthin zur zulässigen Schranke der Kommunikationsfreiheit; ist ein Gesetz also allgemein, so ist es auch zulässig. Diese Konsequenz mag zuweilen hart sein, indessen entspricht sie allein dem Grundgesetz.

§ § 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO
können daher nicht als unzulässige Beschränkung des Art.
9 III GG angesehen werden, sondern **setzen als
allgemeine Gesetze der Streik-
freiheit Schranken.**

D. Die Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO
als Schranken der Kampffreiheit

Auf den ersten Blick scheint mit der soeben getroffenen
Feststellung das Bemühen, verfassungsrechtliche Gehalte

1) Vgl. hierzu kritisch Schwark, Begriff der "Allgemeinen Gesetze", S. 56

für die Beurteilung der aufgezeigten prozessualen Zweifelsfragen zu erschließen, erschöpft zu sein.

Indessen brachte die Einreihung in den Kreis der allgemeinen Gesetze nicht nur das Ergebnis prinzipieller verfassungsrechtlicher Zulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks, sondern erklärte damit - gleichsam als Nebenprodukt - ein Auslegungsprinzip typisch verfassungsrechtlicher Prägung für anwendbar. Gemeint ist die vom Bundesverfassungsgericht in seinem "Lüth-Urteil"¹⁾ begründete sogenannte "Wechselwirkungslehre".

1. Die Wechselwirkungslehre als Auslegungsprinzip

Nach dieser Lehre darf es mit der Feststellung des allgemeinen Charakters der fraglichen Gesetze nicht sein Bewenden haben, sondern "die allgemeinen Gesetze müssen in ihrer das Grundrecht beschränkenden Wirkung ihrerseits im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechts gesehen und so interpretiert werden, daß der besondere Wertgehalt dieses Rechts, der in der freiheitlichen Demokratie zu einer grundsätzlichen Vermutung für die Freiheit" führen muß, auf jeden Fall gewahrt bleibt. Es findet also "eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, daß die 'allgemeinen Gesetze' zwar dem Wortlaut nach dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen"²⁾.

Dieser vom Bundesverfassungsgericht überzeugend formulierten Ansicht wird man auch dann folgen dürfen und müssen,

1) BVerfGE 7, 198

2) BVerfGE 7, 198 (208 f.)

wenn man dem Gericht - wie hier geschehen - auf der ersten Stufe seiner Erwägungen, also bei der Frage, wann denn ein Gesetz allgemein zu nennen sei, die Gefolgschaft verweigerte. Denn beide Stufen - die erste, mit der Qualifikation, und die zweite, mit der Auslegung des bereits qualifizierten Gesetzes befaßte - lassen sich begrifflich sauber trennen.¹⁾

Der gegen das Bundesverfassungsgericht auch hier erhobene Vorwurf des Zirkelschlusses²⁾ kann - anders als auf der ersten Stufe³⁾ - nicht recht überzeugen.

Zwar werden durch die Wechselwirkungslehre in der Tat gewisse Unsicherheiten in die Interpretation sowohl der Verfassung als auch der allgemeinen Gesetze hineingetragen. Doch ist dem System der Grundrechte und ihrer Begrenzungen eine wechselseitige Beschränkung offensichtlich immanent.⁴⁾ Daher ist auch hier im Prinzip von der Wechselwirkung zwischen Grundrecht und allgemeinem Gesetz auszugehen⁵⁾, zumal sich bei der konstatierten generalklauselhaften Weite der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO der klärende Rückgriff auf das beschränkte Grundrecht geradezu anbietet.

1) Diese deutliche Scheidung wurde vom Bundesverfassungsgericht selbst allerdings in späteren Entscheidungen bisweilen vernachlässigt; vgl. z.B. BVerfGE 15, 78; 15, 223 (225). Jedoch wurde stets mittelbar oder unmittelbar auf E 7, 198 verwiesen, wo die zweistufige Methode klar durchgeführt wird.

2) Dazu eingehend Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 5 Rdnr. 253 f.

3) Vgl. dazu schon oben S. 96 f.

4) So zu Recht unter Hinweis auf die Existenz des Art. 19 II GG Maunz-Dürig-Herzog, GG, Art. 5 Rdnr. 254; vgl. auch Kemper, Pressefreiheit und Polizei, S. 61 f., der trotz grundsätzlicher Kritik am Ausgangspunkt des BVerfG nicht umhin kann, eine "gewisse Wechselwirkung" anzuerkennen. Gerade auch der Anwendung des Art. 19 II GG auf die Schrankenregelung des Art. 5 II GG muß er a.a.O., S. 62 bescheinigen, daß sie "dogmatisch einwandfrei" sei.

5) Grundsätzlich bejahend auch Dürig, DöV 1958, 194

Einem Einwand soll allerdings so weit wie möglich Rechnung getragen werden. Vielfach¹⁾ wurde kritisiert, daß das Bundesverfassungsgericht seine Lehre zu sehr am Einzelfall orientiert, während die erstrebte Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit eine abstrakte Abwägung und Interpretation viel eher zu gewährleisten vermöchte.

Im folgenden wird daher zunächst versucht werden müssen, mit Hilfe einer **a b s t r a k t e n** Betrachtung der Interferenzen von verfassungsrechtlich garantiertem Streikrecht und §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als Ermächtigungsnormen einstweiliger Verfügungen gegen Streiks Auslegungshilfen für die Handhabung dieser generalklauselartigen allgemeinen Gesetze zu gewinnen. Entsprechend der beschränkten Breite dieser abstrakten Betrachtung werden sich eventuelle Konsequenzen für die Interpretation der Regelungen über den vorläufigen Rechtsschutz stets auf den Bereich des Erlasses einstweiliger Verfügungen gegen Streiks zu beschränken haben.

Anschließend soll jedoch auch versucht werden, einer Anwendung der Wechselwirkungslehre auf den konkreten Einzelfall Kriterien an die Hand zu geben und die Grenzen des verbliebenen Auslegungsspielraumes abzustecken.

2. Die Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als Ermächtigung zu einstweiligen Verfügungen gegen Streiks bei abstrakter Betrachtung

Schon oben²⁾ wurde dargelegt, wie breit der Auslegungsspielraum trotz aller Präzisierungsbemühungen der Zivilprozeßrechtsdogmatik noch ist; ja selbst der früher be-

1) Vgl. etwa Nipperdey, DVBl 1958, 449; Schnur, VVDStRL 22, 127

2) Vgl. S. 18 ff.

reits mehrfach durchlöcherter minimaler Konsens in der Lehre der Voraussetzungen einstweiliger Verfügungen wurde in neuerer Zeit an den Fundamenten angegriffen.¹⁾ Von Leipold²⁾ wurde nachgewiesen, daß die Interpretation nicht nur mit der generalklauselhaften Weite der §§ 935, 940 ZPO - insbesondere aber des § 940 ZPO - fertig zu werden hat, sondern daß bislang auch viel zu wenig die Mehrdeutigkeit des Begriffes der Glaubhaftmachung (§§ 936, 920 II, 294 ZPO) berücksichtigt wurde.³⁾

Bezieht man sie in die Überlegungen mit ein und läßt sie über die tatsächliche Seite hinaus auf die rechtliche Würdigung ausstrahlen⁴⁾, so ergibt sich wegen der Offenheit der Ermächtigungsnormen selbst ein variables System von Möglichkeiten, das sich einer einheitlich strengen begrifflichen Konstruktion entzieht.⁵⁾

Es bleibt nach Leipold⁶⁾ nur "der Blick auf den Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, auf die Interessen der Parteien und auf die Besonderheiten der Situation". Allgemein entwickelt Leipold aus diesem Ansatz für den Zivilprozeß ein System eines zweiseitigen Rechtsschutzes mit sogenannten "offenen" und "materiell-akzessorischen" Verfügungen, wobei die ersten ihren Prüfungsschwerpunkt bei der Interessenabwägung, die zweiten bei der materiellen Vorausprüfung haben.⁷⁾

Nun mündet die Verweisung des § 62 II ArbGG zwar in die

1) Vgl. oben S. 23 ff.

2) Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, München 1971

3) Vgl. oben S. 42 ff.

4) Zustimmend insoweit Grunsky, Buchbesprechung zu Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 85 (1972), 359 (362)

5) Vgl. Leipold, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes, S. 82

6) a.a.O. S. 82

7) Vgl. im einzelnen schon oben S. 38 ff.

zivilprozessuale Regelung und damit in all ihre Offenheit und interpretatorische Weite ein; aber es hieße überstürzt handeln, wollte man für die Anwendung dieser Normen gegen Streiks die aus allgemeinen prozeduralistischen Erwägungen hergeleiteten Kriterien in toto und ohne weitere Prüfung übernehmen. Denn nach dem Gesagten wird der Versuch weiterer Präzisierung nachgerade doch von zwei Seiten und grundverschiedenen Ausgangspunkten aus nahegelegt: zum einen der Wechselwirkungslehre, die dazu nötigt, die Auslegung im Blick auf das durch das allgemeine Gesetz beschränkte kommunikative Grundrecht zu betreiben, zum anderen durch die soeben referierte Aufforderung von prozeduraler Seite, bei der Interpretation neben dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes die Interessen der Parteien und die Besonderheiten der Situation nicht zu vernachlässigen.

Für die weitere Untersuchung soll allerdings nicht allein von dem Modell eines zweiseitigen Rechtsschutzes Leipoldscher Prägung ausgegangen werden, sondern gleichrangig auch von der für einstweilige Verfügungen gegen Streiks nach überkommener Anschauung einschlägigen Regelungsverfügung (§ 940 ZPO)¹⁾; denn ob sie in der prozeduralen Doktrin endgültig den geforderten Angriffs- und Abwehrverfügungen (§§ 935, 940 ZPO, aufgefaßt als Generalklausel) das Feld räumen wird, ist derzeit nicht abzusehen.

a) Die Verfügungen des (auch) vorausprüfenden Typus

Hierzu zählen die Regelungsverfügung nach § 940 ZPO²⁾ wie die Angriffs- und Abwehrverfügung nach §§ 935, 940 ZPO

1) Vgl. oben S. 31 ff.

2) Vgl. oben S. 40

als Generalklausel in der Spielart der materiell-akzes-
sorischen Verfügung.¹⁾

Die Verfügungen dieses Typus zeichnen sich dadurch aus, daß ihr Erlaß eine - wenngleich summarische - Prüfung der materiellen Rechtslage voraussetzt. Der Richter hat also zu fragen, ob dem Antragsteller ein entsprechender tarifvertraglicher oder deliktischer Anspruch zur Seite steht. Entscheiden wird sich das Begehren des Antragstellers in der Regel daran, ob sich der fragliche Streik als rechtswidrig²⁾ qualifizieren läßt. Dem Richter obliegt danach die Aufgabe, rechtmäßige Streiks möglichst mit der beantragten Verfügung nicht zu treffen, sondern dem Rechtsschutzbegehren nur dann stattzugeben, wenn die Unrechtmäßigkeit des drohenden oder im Laufe befindlichen Streiks hinreichend dargetan ist.

Gelingt es dem Richter, diese Intention vollkommen zu verwirklichen, trifft er mit den von ihm erlassenen Verfügungen also nur rechtswidrige Streiks, so erfolgt überhaupt keine Beschränkung der Streikfreiheit nach Art. 9 III GG. Denn die vom Richter geprüfte Rechtswidrigkeit richtet sich nach den durch allgemeine Gesetze oder durch Organisationsgesetzgebung zulässig statuierten Rechtswidrigkeitsregeln, an denen die Streikfreiheit schon vor §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO ihre Schranke findet. Insoweit handelt es sich also bei Anwendung dieser Normen um die prozessuale Durch-

1) Vgl. oben S. 38 ff.

2) Denn auch "bloß" tarifvertragswidrige Arbeitskämpfe sind sozialwidrig und damit rechtswidrig: vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, S. 1014 f. mit weiteren Nachweisen. Der Differenzierung zwischen tarifwidrigen und rechtswidrigen Arbeitskämpfen und der Bildung eines neuen Oberbegriffes der "unerlaubten" Arbeitskämpfe bedarf es daher nicht; so aber Brändel, a.a.O., S. 31 ff.

setzung materiellen Rechtes, die keine selbständige schrankensetzende Funktion erfüllt. Da die Streikfreiheit nicht tangiert wird, findet auch eine Wechselwirkung nicht statt.

Soweit aber der Richter die ihm beim vorausprüfenden Verfügungstypus gestellte Aufgabe - aus welchen Gründen auch immer¹⁾ - verfehlt und auf der Grundlage der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO rechtmäßige Streiks verhindert oder unterbindet, handelt es sich um echte Beschränkungen der Streikfreiheit durch allgemeine Gesetze. Die Ermächtigungsnormen für einstweilige Verfügungen gegen Streiks haben insoweit auch in ihren vorausprüfenden Spielarten eine originär beschränkende Wirkung. Der Raum für eine Anwendung der Wechselwirkungslehre als Interpretationsmaxime wäre damit eröffnet.

Ob aber danach bereits eine Einschränkung der Ermächtigung zu vorausprüfenden Verfügungen gegen Streiks - etwa in Richtung auf eine generelle Verschärfung der Anforderungen an die Vorausprüfung - angezeigt ist, dürfte zumindest auf dieser ersten, abstrakten Stufe noch recht zweifelhaft sein. Denn auch die Wechselwirkungslehre geht davon aus, daß den allgemeinen Gesetzen grundsätzlich beschränkende Wirkung zukommt. Sind §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO aber allgemeine Gesetze, so vermögen sie die Streikfreiheit im Prinzip auch zu beschränken. Die Wechselwirkungslehre fordert eine restriktive Auslegung des beschränkenden Gesetzes erst dann, wenn anders der besondere Wertgehalt des Grundrechtes für die freiheitliche Demokratie empfindlich gemindert würde.

In den Fällen der vorausprüfenden Verfügungen findet eine

1) Zu Fragen der Glaubhaftmachung sogleich unter D 3

Beschränkung der Streikfreiheit aber der Intention nach nicht statt, sondern allenfalls dann, wenn der Richter wegen der kursorischen Art der Prüfung die materielle Rechtslage im Einzelfall verkennt, also gleichsam nur im Aberrationsfalle. Die Gefahr derartiger nur reflexiver Beschränkungen ist dem summarischen Charakter des Verfügungsverfahrens jedoch inhaerent. Die Beschränkung der Streikfreiheit durch §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO erscheint insoweit noch als eine dem Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes entsprechende und von daher gerechtfertigte Regelung, die in sinnvoller Ergänzung und im Anschluß an die materiellen Rechtswidrigkeitsschranken allgemeingesetzliche Schranken prozessualer Art errichtet, ohne den Wertgehalt des Grundrechtes entscheidend zu dezimieren.

Eine restriktive Auslegung erscheint damit im Hinblick auf die Ermächtigung zu vorausprüfenden Verfügungen jedenfalls generell nicht erforderlich. Dies gilt gleichermaßen für die klassische Auffassung von der Regelungsverfügung nach § 940 ZPO wie für die materiell-akzessorische Verfügung auf der Grundlage der §§ 935, 940 ZPO.

b) Die Verfügungen des nicht vorausprüfenden Typus

Hierzu wird man die Kategorie der "offenen Verfügungen" in Leipolds System eines zweispurigen Rechtsschutzes rechnen dürfen.¹⁾ Zwar lassen auch sie die materielle Rechtslage nicht ganz außer acht, aber die auch hier durchgeführte überschlägige Prüfung hat nur den Sinn festzustellen, ob der Bestand des Hauptsacherechtes tatsächlich und rechtlich überhaupt möglich erscheint. Wenn Leipold diesen Sachverhalt damit umschreibt, daß das Hauptsacherecht nicht als unzweifelhaft unbegründet erscheinen dürfe²⁾, so wird

1) Vgl. ausführlich oben S. 38 ff.

2) Hierzu und zum folgenden vgl. Leipold, a.a.O., S. 96

der negative Charakter der angestellten Vorausprüfung deutlich. Ist die Nichtexistenz eines Gegenstandes nicht feststellbar, so ist damit gleichwohl noch kein einziger Schritt in Richtung auf einen Existenznachweis getan. Die positive Feststellung der Rechtslage bleibt also voll dem Hauptverfahren vorbehalten, die Vorausprüfung dient nur dem Zweck, die materielle Offenheit der Rechtslage zu konstatieren.

Faßt man §§ 935, 940 ZPO tatsächlich als Generalklausel auf, die zu derartigen offenen Verfügungen ermächtigt, so hängt nach kursorischer Feststellung der Offenheit der Rechtslage der Erlaß einer Verfügung nur noch von einer Interessenabwägung ab. Sie hat die dem Antragsteller erwachsenden Nachteile für den Fall zu ermitteln, daß die beantragte Verfügung unterbleibt, der Hauptsachsanspruch sich aber später als begründet erweist; damit sind die Einbußen zu vergleichen, die dem Antragsgegner in seiner Rechtsgütersphäre erwachsen, wenn die Verfügung erlassen wird, das vom Antragsteller behauptete Recht aber später verneint werden muß. Die Interessenabwägung hat also bei beiden Vergleichsobjekten vom ungünstigsten Fall der Diskrepanz von materieller Rechtslage und prozessualer Entscheidung über den Verfügungserlaß auszugehen.

Legte man diese mögliche Interpretation auch bei der Unterbindung von Streiks durch einstweilige Verfügung zugrunde, so würden - anders als beim vorausprüfenden Verfügungstyp - die §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO einen völlig selbständigen schrankensetzenden Gehalt im Hinblick auf die Streikfreiheit nach Art. 9 III GG bekommen. Sie hätten nicht mehr nur die Funktion einer komplementären Ergänzung materiellrechtlicher Grenzziehung, sondern würden unverbunden als rein prozessuales Institut allgemeingesetzlicher Art massive Schranken bis heran an die Zentralzonen des Grundrechtes aufrichten. Denn bei dieser Lesart käme dem

Blick auf die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Streiks nur im Extremfall eine verfügungsabwehrende Bedeutung zu. Sie wäre zudem so minimal, daß sie gerade bei Streiks kaum mehr als einen theoretischen Akzent zu setzen vermöchte: Daß ein Streik seine Rechtmäßigkeit geradezu auf der Stirn tragen könnte, erscheint bei der nahezu heillos umstrittenen Rechtswidrigkeitsproblematik des Arbeitskampfrechtes¹⁾ schon vom Rechtlichen her als ausgeschlossen.

Ist dem aber so, dann würden bei derartiger Interpretation die §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO in der Tat zur Einschränkung der Streikfreiheit im wesentlichen aufgrund einer Interessenabwägung ermächtigen. Der Richter würde die Streiks untersagen, für die verhältnismäßig geringfügige Interessen streiten, die übrigen ungeschoren lassen; Rechtmäßigkeitsfragen hätten ihn praktisch nicht zu interessieren.

Nun sprechen bereits bei Durchführung der geforderten Interessenabwägung, also bei systemimmanenter Argumentation, etliche Gründe gegen den Erlaß der begehrten offenen Verfügungen gegen Streiks. Denn bei Leipold selbst²⁾ findet sich ein erster generalisierender Hinweis auf Punkte, die einer Verfügung entgegenstehen können: So sei u.a. zu berücksichtigen, wie weit die zu befürchtenden Rechtseinbußen ihrer Art nach durch Schadensersatzleistung ausgleichbar sind, ja sogar, welche Schwierigkeiten bei der Verwirklichung etwaiger Ersatzansprüche zu erwarten sind. Gerade die damit in Bezug genommene Ausgleichsmöglichkeit ist aber bei einstweiligen Verfügungen gegen Streiks nur in äußerst beschränktem Umfange gegeben, weil insbesondere die Beweislast unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet.³⁾

1) Vgl. etwa die Darstellung bei Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, Bd. II/2, S. 977 ff.

2) a.a.O., S. 96

3) Vgl. oben S. 64 ff.

Sind die zu erwartenden Schwierigkeiten des Ausgleichs bei ungerechtfertigtem Erlass einer Verfügung zu berücksichtigen, so wird es gewiß auch gestattet sein, die Befriedigungswirkung der streikuntersagenden Verfügung in die Waagschale zu werfen.¹⁾ - Darüber hinaus wird auch die im weiteren Sinne irreparable Wirkung²⁾ derartiger Verfügungen vom Erlass abraten. Die Berücksichtigung dieser Eigenheiten im Rahmen der Interessenabwägung würde jedenfalls nicht daran scheitern, daß sie für sich betrachtet die in Rede stehenden Verfügungen nicht auszuschließen vermochten.

Doch hieße es die Dinge allzu kurz abtun, wollte man erwarten, der Interessenabwägung damit bereits in allen denkbaren Einzelfällen den entscheidenden Impuls gegeben zu haben.

So wird man auch jetzt noch mit dem verbreiteten Argument zu rechnen haben, Streiks seien volkswirtschaftlich und sozialpolitisch unerwünscht³⁾, was den Interessenstandpunkt der Arbeitnehmerseite notwendig desavouieren müßte. Ein typisches Beispiel der hierdurch initiierten Interessenbewertung liefert Brändel⁴⁾: Das Interesse des Angreifers charakterisiert er zunächst als "Veränderungsinteresse", das des Angegriffenen als "Beharrungsinteresse". Im Ansatz werden diese Interessen als gleich-

1) Vgl. oben S. 58 ff.

2) Vgl. oben S. 64 ff.

3) Vgl. etwa BAGE I, 291 (300), wonach Arbeitskämpfe allgemein unerwünscht seien, weil sie die Volkswirtschaft schädigten und den sozialen Frieden beeinträchtigten; kritisch dazu Rüthers, Rechtsprobleme des "tarifbezogenen" wilden Streiks, DB 1970, 2120 (2121); Faupel, a.a.O., S. 822; Wiethölter, Rechtswissenschaft, Frankfurt/M.-Hamburg 1968, S. 300

4) a.a.O., S. 103 ff.

rangig beurteilt. Dann aber wird dem Konto des Angegriffenen als Plus verbucht, daß nach seinem Willen der Arbeitsfriede gewahrt bleiben und die erheblichen volkswirtschaftlichen Schäden eines Arbeitskampfes vermieden werden sollen. Diese kämen niemandem zugute, sondern träfen beide Seiten. Daher stehe mehr auf dem Spiel, wenn man dem Arbeitskampf untätig zusehe, als wenn man ihn zwangsweise unterbinde.¹⁾ Das Fazit ist für Brändel eine generelle Höherbewertung der Interessen des Angegriffenen.

Diese Beweisführung bietet mancherlei Angriffsflächen. So ist schon der geheime Appell an die konservative Haltung des Lesers, der in der Charakterisierung des Angreiferinteresses als "Veränderungsinteresse", des Angegriffeneninteresses als "Beharrungsinteresse" liegt, für den genauen Leser eine Herausforderung. Bedenkt man, daß es etwa in Zeiten der Geldentwertung²⁾ des permanenten "Angriffs" der Arbeitnehmerseite bedarf, um nur den sozialen Besitzstand durch Aufholen der Inflationsrate zu wahren, so merkt man, daß nicht jeder Angriff auf Veränderung, nicht jede Abwehr nur auf soziales Beharren aus ist, die Attribute also wohl nicht so pauschal zugewiesen werden können.

Auch der stattgehabten einseitigen Verquickung des öffentlichen Interesses mit dem des Angegriffenen haftet eine gewisse rabulistische Behendigkeit an, wenn man berücksichtigt, daß letztlich darauf allein die Höherwertigkeit der Interessen des Angegriffenen gestützt werden soll. Denn auch wenn Streiks volkswirtschaftliche Schäden verursachen sollten, so wird ihr Unterbleiben doch sicher nicht stets zu Lasten der Arbeitnehmerseite gehen dürfen. Genau

1) a.a.O., S. 105

2) Das Gleiche gälte für die Arbeitgeberseite mutatis mutandis in deflationären Phasen, die aber dem aktuellen Denken ferner liegen.

das wäre aber der Fall, wollte man generell den Interessen des Arbeitgebers als Angegriffenem den Vorrang einräumen und aus Grund dessen den Erlass einstweiliger (offener) Verfügungen generell ermöglichen; der soziale Frieden wäre dann zwar gewahrt, jedoch selbst dann auf Kosten der Arbeitnehmer, wenn der Arbeitgeberseite im Einzelfall ein verständiges Nachgeben gegenüber berechtigten Forderungen als ihr Beitrag zur Friedenssicherung durchaus zuzumuten gewesen wäre.

Indessen lenkt die Beschäftigung mit einer in dieser generalisierenden Weise wohl nicht haltbaren¹⁾ Interessenbewertung den Blick auf tiefer wurzelnde Fragwürdigkeiten eines Streikverbotes aufgrund blanker Interessenabwägung.

Kehrt man nämlich zu der von Leipold ins Auge gefaßten²⁾ Einzelfallabwägung zurück, so ergeben sich merkwürdigerweise ähnliche Schwierigkeiten. Ermittelt man die Nachteile auf Seiten von Antragsgegner und Antragsteller im Falle einer dem materiellen Recht zuwiderlaufenden Entscheidung, so tauchen bei einstweiligen Verfügungen gegen Streiks auf beiden Seiten Vermögensinteressen auf: Wird dem Antrag stattgegeben, so wurden die Kosten des Streiks vergebens verursacht, die Chance auf Durchsetzung der gewerkschaftlichen Forderung geht verloren. Wird dem Antrag nicht stattgegeben, so entstehen (weitere) betriebliche Schäden, die Gefahr finanzieller Belastungen durch Nachgeben gegenüber den gewerkschaftlichen Forderungen steht

1) Ähnlich Zeuner, RdA 1971, 1 (7): "So wenig sich jedoch aus der mit Arbeitskämpfen regelmäßig verbundenen Gefahr erheblicher Schäden eine allgemeine Vermutung der Rechtswidrigkeit von Arbeitskämpfen ableiten läßt, so wenig kann sie nach allem bisher Gesagten als ein gewissermaßen absoluter Zulässigkeitsgrund für einstweilige Verfügungen zur Unterbindung rechtswidriger Arbeitskämpfe angesehen werden."

2) a.a.O., S. 96

ins Haus, falls ein Abwehrkampf nicht in Betracht kommt oder erfolglos bleibt. Die beiderseitigen Interessen aus der Durchsetzung bzw. Nichtdurchsetzung der Gewerkschaftsforderung wird man in der Regel als äquivalent ansehen dürfen¹⁾, sodaß der Abwägung der beiden übrigen Posten das entscheidende Gewicht zukommen wird.

Übersteigen die drohenden betrieblichen Schäden daher eine gewisse - den bereits verursachten Streikkosten in etwa entsprechende - Untergrenze, so wird die Interessenabwägung zugunsten der Arbeitgeberseite ausfallen, die streikabwehrende (offene) Verfügung also erlassen werden. An dieser Stelle aber ist zu bedenken, daß die Arbeitgeberseite nur dann zum Nachgeben bereit sein wird, der Streik also Aussicht auf Erfolg hat, wenn die drohenden Schäden höher sind als die Einbußen im Falle des Nachgebens, also etwa die durch Tarifierhöhung entstehenden Mehrkosten. Eine taktisch kluge Streikleitung muß daher darauf bedacht sein, den Gegner des Arbeitskampfes an empfindlichen, mithin schadensintensiven Stellen zu treffen, will anders sie nicht von irrationalem Verhalten des Gegners ausgehen.

Das Dilemma jeder Interpretation der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als einer Ermächtigung auch zu offenen Verfügungen gegen Streiks wird damit offensichtlich: Sie zwänge jede streikbereite Gewerkschaft zu dem selbstmörderischen Unterfangen, eine Passage zwischen der Scylla der Erfolglosigkeit und der Charybdis des Streikverbotes durch einstweilige Verfügung zu suchen. Im Hinblick auf die Eigenschaft der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als allgemeine Gesetze

1) Unterschiede können sich trotz betragsmäßiger Gleichheit selbstverständlich daraus ergeben, daß die Chance der Durchsetzung auf der einen Seite nicht notwendig der Gefahr derselben auf der anderen Seite entsprechen muß.

ließe sich für den nach dieser Auslegung verbleibenden Inhalt der Streikfreiheit des Art. 9 III GG nur mehr ein trauriges Fazit ziehen; sie sänke - in kaum überspitzter Formulierung - zur Garantie des erfolglosen Streikes herab.

Als Ausweg aus dieser sinnwidrigen Konsequenz böte sich damit die restriktive, durch die Wechselwirkungslehre legitimierte Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als einer Ermächtigung einzig zum Erlaß des vorausprüfenden Typus einstweiliger Verfügungen an, soweit es um die Einschränkung oder das Verbot von Streiks geht. Es bleibt jedoch ein letztes Bedenken.

Gegen die damit ins Auge gefaßte einschränkende Auslegung der Ermächtigungsnormen könnte nämlich ein in Extremsituationen etwa bestehendes Bedürfnis für die Zulassung offener Verfügungen sprechen. Auf den ersten Blick wird man geneigt sein, derartige Notlagen dann anzunehmen, wenn ohne den Erlaß einer einstweiligen Verfügung die wirtschaftliche Existenz des Gegners bedroht ist.¹⁾ Wenigstens dann nämlich erscheinen die Interessen des bestreikten Arbeitgebers so nachhaltig betroffen, daß die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes eine unzumutbare Härte bedeuten würde.

1) In diesem Sinne etwa Zeuner, RdA 1971, 1 (7), der - allerdings ohne nähere prozeßdogmatische Begründung - für den Bereich des Arbeitskampfes ein ähnlich zweispuriges System des einstweiligen Rechtsschutzes entwickelt wie Leipold, a.a.O., allgemein. Danach käme eine einstweilige Verfügung zum einen dann in Betracht, wenn ein Arbeitskampf "von vornherein ganz eindeutig außerhalb des Zulässigen liegt", zum anderen dann, wenn der Gegenseite über das normale Maß hinausgehende Nachteile (insbesondere die akute Gefahr der Existenzvernichtung) drohen, solange das Ergebnis der Rechtswidrigkeitsprüfung im Bereich einer unscharfen Grenze bleibt.

Indessen wäre es vorschnell, würde man aus diesem Bedürfnis heraus die Zulassung offener Verfügungen fordern. Denn ein Blick auf das materielle Arbeitskampfrecht lehrt, daß ihm bereits durch den vorausprüfenden Typ einstweiliger Verfügungen entsprochen werden kann. Arbeitskämpfe, die geeignet sind, die wirtschaftliche Existenz des Kampfgegners zu zerstören, sind nämlich als sozialinadäquat rechtswidrig¹⁾, sind daher auch stets in der Lage, einen entsprechenden Verfügungsanspruch auszulösen. Es bedarf also in diesen extremen Situationen nicht des Rückgriffs auf die offene Verfügung aufgrund blanker Interessenabwägung, weil diese Interessenabwägung, soweit sie Anerkennung verdient, in die Rechtswidrigkeitsregelung durch allgemeine Gesetze, Organisationsgesetze und die Ausfüllung immanenter Schranken²⁾ bereits Eingang gefunden hat, der vorläufige Rechtsschutz damit über den vorausprüfenden Typus einstweiliger Verfügungen erlangt werden kann.

Es besteht daher keine Veranlassung, das bereits im materiellen Arbeitskampfrecht gelöste Problem im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nochmals aufzuwerfen.³⁾

Somit dürfte erwiesen sein, daß die Zulassung offener Verfügungen gegen Streiks in keinem einzigen Fall zwingend erforderlich ist. Vielmehr ist es unvermeidlich, von einer restriktiven Lesart der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO auszugehen, wenn nicht - wie gezeigt - die Streikfreiheit nach Art. 9 III GG zur inhaltsleeren Grundrechtshülse denaturiert werden soll.

1) Vgl. Brox-Rüthers, Arbeitskampfrecht, S. 148 f.; Reuß, AuR 1963, 325 (331); ders., Die Grenzen legaler Arbeitskämpfe, Juristen-Jahrbuch Bd. 4, 1963/64, Köln-Marienburg 1963/64, S. 170 ff. (188); Hueck-Nipperdey, Lehrbuch, S. 1031 Fußn. 87 a; Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. II, S. 140

2) Vgl. schon oben S. 101

3) Das verkennt Zeüner, RdA 1971, 1 (7)

Das gefundene Ergebnis erschiene im übrigen auch einem gänzlich unbefangenen Grundrechtsverständnis plausibel. Erkennt man nämlich die kollektive Koalitionsfreiheit - wie hier geschehen - als vom Schutzbereich des Art. 9 III GG umfaßt an, so wird man wohl auch annehmen müssen, daß der grundrechtlichen Freiheitsverbürgung eine entsprechende Würdigung der Positionen der Sozialpartner zugrundeliegt. Aus der Grundrechtsverbürgung als dem Fazit dieser Würdigung ist aber zu entnehmen, daß die vom Verfassungsgeber generell vorgenommene Interessenabwägung zugunsten der Streikenden ausgefallen ist, die Rechtsordnung also die mit Arbeitskämpfen normalerweise verbundenen Schäden und Nachteile in Kauf nimmt.

Ist dem aber so, so mutet eine Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO seltsam an, die den Richter zu einer nochmaligen umfassenden Interessenabwägung und damit zu einer Revision der Verfassungsentscheidung ermächtigen möchte, die praktisch zur Aufhebung des Grundrechtes führen kann.¹⁾ Demgegenüber stellen Art. 1 III, 20 III GG fest, daß die Rechtsprechung, also auch jeder Arbeitsrichter, an die Grundentscheidungen unserer Verfassung und ihre Leitgedanken gebunden ist, sie absolut und ohne Vorbehalte hinzunehmen und zu verwirklichen hat. Es vermag somit auch kein Gesetz den Richter zur Überprüfung dieser Entscheidungen des Verfassungsgebers im Einzelfall zu ermächtigen.

Daher wird sich die hier vertretene Auffassung einer größeren Nähe zum Geiste unseres Grundgesetzes und zu den Gedankengängen des Bundesverfassungsgerichtes²⁾ berühren dürfen, wenn sie aus der dargestellten Interessenabwägung und -Bewertung des Verfassungsgebers eine

1) Vgl. oben S. 117 ff.

2) Vgl. BVerfGE 7, 198 (208 f.)

"Vermutung für die Freiheit"¹⁾ und damit die Unzulässigkeit eines Streikverbotes ausschließlich aufgrund erneuter Interessenabwägung ableitet. Erst wenn die Freiheitsvermutung des Art. 9 III GG durch eine entsprechende Vorausprüfung widerlegt wurde, ist Raum für ein Streikverbot.

Die Wechselwirkungslehre führt damit zu einer Restriktion der das Streikrecht des Art. 9 III GG beschränkenden Wirkung prozessualer Normen. Gesehen "im Lichte der Bedeutung dieses Grundrechtes"²⁾ können die §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO als allgemeine Gesetze nur als Ermächtigung zum Erlaß einstweiliger Verfügungen des vorausprüfenden Typus aufgefaßt werden, soweit auf diese Normen ein Vorgehen gegen Streiks gestützt werden soll. Offene Verfügungen gegen Streiks sind dagegen unzulässig.

3. Möglichkeiten und Grenzen der Auslegung der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO im konkreten Einzelfall

Lieferte die soeben angestellte abstrakte Betrachtung das Resultat, daß offene Verfügungen gegen Streiks nicht zulässig sind, so sind die Ausstrahlungen der Wechselwirkungslehre des Bundesverfassungsgerichtes damit nicht erschöpft.³⁾ Auch im konkreten Einzelfall kann sie der Interpretation ausfüllungsfähiger und -bedürftiger Begriffe eine spezifische Prägung verleihen. Die hierdurch eröffneten Möglichkeiten des Wechselwirkungsgedankens können aber präzise erst dann abgeschätzt werden, wenn zuvor der nach der erzielten Einschränkung verbleibende Auslegungsspielraum ermittelt wurde.

1) Vgl. BVerfGE 7, 198 (208 f.)

2) BVerfGE 7, 198 (208 f.)

3) Vgl. allgemein oben S. 106 ff.

Nach dem Ausscheiden der offenen Verfügungen verbleiben vom vorausprüfenden Typ einstweiliger Verfügungen die klassische Regelungsverfügung und die streng materiell-akzessorische Verfügung des neuen Leipoldschen Systems. Eine grundlegende Entscheidung zwischen diesen beiden Formen aus prozessualen Erwägungen war angesichts der begrifflichen Weite der einschlägigen Normen nicht angezeigt und mußte der allgemeinen dogmatischen Entwicklung des Rechtsinstitutes vorbehalten bleiben.¹⁾ Daran soll auch hier festgehalten werden, um die gewonnenen Ableitungen für die im Flusse befindlichen prozeßdogmatischen Entwicklungen des einstweiligen Rechtsschutzes offen zu halten. Jedoch soll versucht werden, in beiden Fällen den verbleibenden Interpretationsspielraum zu ermitteln, um der Auslegung für die Einzelfallanwendung gegen Streiks Hilfen zu geben.

Betrachtet man zunächst die Konturen, die Leopold²⁾ seiner materiell-akzessorischen Verfügung auf der Grundlage der §§ 935, 940 ZPO verliehen hat, so läßt sich hier weder beim Gegenstand noch beim Umfang der geforderten Prüfung eine weitere Interpretationsfähigkeit und -Bedürftigkeit feststellen. Zu prüfen ist in rechtlicher Hinsicht, ob der zugrundeliegende Verfügungsanspruch unzweifelhaft begründet ist, im wesentlichen also, ob der fragliche Streik unzweifelhaft rechtswidrig ist; die tatsächlichen Prüfungsgrundlagen müssen sich aus den präsenten Beweismitteln zur vollen Überzeugung des Richters von der Wahrheit der Behauptungen des Antragstellers ergeben; eine Interessenabwägung findet nicht statt.

Auch die Regelungsverfügung klassischer Provenienz auf der

1) Vgl. oben S. 31 ff.

2) Vgl. besonders a.a.O., S. 96 ff.

Grundlage des § 940 ZPO scheint in ihren Voraussetzungen klar umrissen zu sein. Der Verfügungsanspruch wird einer vollen Schlüssigkeitsprüfung unterworfen, wobei jedoch für die tatsächliche Seite Glaubhaftmachung im Sinne einer Erbringung überwiegender Wahrscheinlichkeit ausreichen soll. Die Notwendigkeit der Regelung als Verfügungsgrund wird einer entsprechenden Prüfung unterzogen; auch für die tatsächliche Seite gelten hier die nämlichen Anforderungen.

Jedoch wird auch diese Deutung des § 940 ZPO nicht umhin können, die von Leipold¹⁾ nachgewiesene und transparent gemachte Mehrdeutigkeit des Begriffes der Glaubhaftmachung²⁾ zur Kenntnis zu nehmen. Kann aber Glaubhaftmachung - selbst bei herkömmlicher Beschränkung auf die Tatsachenseite - entweder die Erbringung einiger Anhaltspunkte für die Richtigkeit oder überwiegende Wahrscheinlichkeit oder schließlich sogar die volle Überzeugung des Richters auf der (eingeschränkten) Basis der präsenten Beweismittel bedeuten, so werden Interpretationsunsicherheiten zwangsläufig auch in das bisherige Verständnis der Regelungsverfügung hineingetragen werden.

Für die Anwendung gegen Streiks läßt sich zwar im Bereich des Verfügungsanspruches die erste Deutung der Glaubhaftmachung von vorneherein ausschließen. Ließe man hier die Erbringung einiger Anhaltspunkte ausreichen, so käme man - besonders natürlich bei Erstreckung der Auffassung auf die rechtliche Seite³⁾ - dem Typus der offenen Verfügung bereits so nahe, daß sämtliche Gründe zuträfen, die zu deren generellem Ausschluß von der Anwendung gegen Streiks führten.⁴⁾

1) a.a.O., S. 66 ff.

2) Vgl. die Darstellung oben S. 42 ff.

3) Vgl. Leipold, a.a.O., S. 64 f.

4) Vgl. oben S. 112 ff.

Anders ist es jedoch für die zweite und dritte Farbschattierung des Begriffes der Glaubhaftmachung. Zur Erbringung überwiegender Wahrscheinlichkeit als bereits bisher allgemein verbreiteter Deutungsart träte die Möglichkeit, zumindest in tatsächlicher Hinsicht die volle Überzeugung des Richters auf der Grundlage der präsenten Beweismittel zu fordern.

Bedenkt man, daß auf die Tatsachenfeststellung auch nach bisheriger Auffassung eine volle Schlüssigkeitsprüfung aufbaut, so bestünde bei Zugrundelegung der weitestgehenden Variante der Glaubhaftmachung im vorausprüfenden Teil zwischen materiell-akzessorischer Verfügung und Regelungsverfügung praktisch kein großer Unterschied mehr. Er würde völlig verwischt, würde man bei Prüfung des Verfügungsgrundes von der bei Verfügungen gegen Streiks ohnehin problematischen¹⁾ Interessenabwägung im Einzelfall abrücken und stattdessen den Text des § 940 ZPO beim Wort nehmen. Er verlangt an sich nicht, daß die Regelung zur Abwendung "überwiegender" Nachteile auf Seiten des Antragstellers nötig erscheint, sondern setzt konkret "wesentliche" Nachteile voraus. Damit läge ein Verständnis im Sinne eines Erforderlichkeitserfordernisses im Hinblick auf eine konkrete einzelne Regelung nahe, wie es für den Anwendungsbereich des § 935 ZPO in § 938 II ZPO niedergelegt ist.²⁾

Für die Interpretation der Regelungsverfügung nach § 940 ZPO sind damit die Auslegungsgrenzen so weit vorgeschoben, daß ihr im Einzelfall der Anschluß an die materiell-akzessorische Verfügung Leipoldischer Prägung

1) Vgl. oben S. 115 ff.

2) Für materiell-akzessorische Verfügungen gilt § 938 II ZPO direkt, weil sie §§ 935, 940 ZPO als einheitliche Ermächtigungsgrundlage haben, der Weg zu § 938 II ZPO also über § 935 ZPO eröffnet ist.

eröffnet ist. Gleichwohl behält das bisherige Normverständnis im Prinzip auch unter Berücksichtigung der Mehrdeutigkeit des Begriffes der Glaubhaftmachung seine Berechtigung.

Innerhalb der damit abgesteckten Grenzen wird sich die Auslegung auch bei Anwendung der Normen gegen Streiks bewegen müssen. Welche exakte Auslegung der Richter im konkreten Einzelfall den Vorschriften der §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO letztlich angedeihen lassen will, muß er mittels einer Güterabwägung im Einzelfall entscheiden.

Sie hat jedenfalls den besonderen Wertgehalt der Streikfreiheit für die freiheitlich-demokratische Staatsordnung¹⁾ hoch zu veranschlagen und die daraus resultierende "Vermutung für die Freiheit"²⁾ vor Relativierung zu schützen. Insbesondere werden sich die §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO dann in ihrer grundrechtsbeschränkenden Wirkung Einschränkungen im Rahmen ihres Auslegungsspielraumes gefallen

1) Daß der Begriff der Demokratie in dem verwendeten Attribut auch vom BVerfG - E 7, 198 (208) und öfter - nicht bloß im engen technischen Sinne eines Verfahrens staatlicher Willensbildung aufgefaßt wird, ergibt sich schon aus der gleichrangigen und -gewichtigen Verbindung mit dem Begriff der Freiheit. Einen Anhaltspunkt für die damit vom BVerfG in Bezug genommenen Bedeutungsinhalte liefert der verwandte Terminus von der freiheitlichen demokratischen Grundordnung (Vgl. Art. 18, 21 GG). Da das BVerfG nicht nur von einer dergestalt näher bezeichneten Grundordnung, sondern umfassender von der gesamten freiheitlich-demokratischen Staatsordnung spricht, ist der aus Art. 18, 21 GG bekannte Begriffsinhalt wohl als Minimum und Kerngehalt der vom BVerfG in Bezug genommenen freiheitlich-demokratischen Staatsordnung zu verstehen. Welche zentrale Stellung nach heutigem Verständnis die Arbeitskampffreiheit in diesem Bedeutungszusammenhang einnimmt, beweist nicht zuletzt ihre Absicherung sogar gegen Notstandsmaßnahmen durch Art. 9 III S. 3 GG.

2) BVerfGE 7, 198 (208)

lassen müssen, wenn im Einzelfall der Befriedigungswirkung der begehrten Verfügung besonderes Gewicht zukommt. Außergewöhnliche Schwierigkeiten beim Schadensausgleich¹⁾ im Falle ungerechtfertigten Erlasses werden in die gleiche Richtung weisen, das ausnahmsweise Fehlen oder die Erweislichkeit eines Schadens dagegen für großzügigere Handhabung plädieren.

Ganz besonderes Augenmerk wird der Richter aber etwaigen - wenn auch nur im engeren Sinne - irreparablen Wirkungen seiner Verfügung bereits bei Auslegung der anzuwendenden Normen schenken müssen. Ist absehbar, daß ein Streik nach etwaiger Aufhebung der Verfügung nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten erneut wird initiiert werden können, so ist es angebracht, strengere Maßstäbe anzulegen als bei jederzeit wiederholbaren Aktionen.

Naturgemäß konnte der Auslegung im Einzelfall durch eine notwendig generalisierende Betrachtung nur sehr beschränkt gedient werden. Über das Aufzeigen der Interpretationsgrenzen hinaus konnten lediglich einige Leitlinien entworfen werden, damit nicht Wesentliches übergangen werde. Entscheiden muß aber in einzelfallbezogener Rechtsanwendung letztlich der Richter.

1) Vgl. oben S. 64 ff.

T e i l I V

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

I.

A. 1. Rechtsstreitigkeiten im Zusammenhang mit Arbeitskämpfen gehören nach § 2 I Nr. 1 ArbGG in die ausschließliche sachliche Zuständigkeit der Arbeitsgerichte. Rechtsgrundlage für den Erlaß einstweiliger Verfügungen in dem hierfür anzuwendenden Urteilsverfahren (§ 46 I ArbGG) ist § 62 II ArbGG, der auf die Regelung der §§ 935 ff. ZPO verweist.

2. Der in § 9 I S. 1 ArbGG niedergelegte Beschleunigungsgrundsatz für das arbeitsgerichtliche Verfahren läßt nicht durch seine pure Existenz das Rechtsschutzinteresse für einstweilige Verfügungen gegen Streiks entfallen. Ein Blick auf die Statistik der Verfahrensdauer vor den Arbeitsgerichten lehrt, daß für Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes auch weiterhin ein Bedürfnis besteht. Diesem Bedürfnis hat der Gesetzgeber durch die Verweisungsnorm des § 62 II ArbGG gerade Rechnung getragen.

3. Das Bestehen einer Schiedsgerichtsvereinbarung nach § 101 I ArbGG schließt die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte zum Erlaß einstweiliger Verfügungen nicht aus.

B. 1. Die von § 62 II ArbGG in Bezug genommene Zivilprozeßordnung kennt sogenannte "Sicherungs-" (§ 935) und "Regelungsverfügungen" (§ 940); der Einführung einer weiteren Gruppe sogenannter "Leistungsverfügungen" bedarf es nicht, weil ihr Anwendungsbereich von den gesetz-

lich geregelten Typen mit abgedeckt wird. Eine neuere Einteilung interpretiert die §§ 935, 940 ZPO als einheitliche Generalklausel, auf deren Grundlage sogenannte "Sicherungs-, Abwehr- und Angriffsverfügungen" erlassen werden können; Abgrenzungskriterium ist die Art der abzuwehrenden Gefahr.

2. Die in der Praxis gegen Streiks prinzipiell - nicht nur gegen einzelne Exzesse - erstrebten einstweiligen Verfügungen lassen sich einteilen in solche, die die Verhinderung der Streikeinleitung, und solche, welche die Verhinderung der Streikfortführung bezwecken. Die formale Einteilung danach, ob die Verfügungen ein Gebot oder Verbot aussprechen, ist unfruchtbar, weil Gebote und Verbote durch Umformulierung des Tenors weitgehend gegeneinander austauschbar sind.

3. Für einstweilige Verfügungen gegen Streiks kommen nur entweder § 940 ZPO (Regelungsverfügung) oder - bei einem Verständnis als einheitliche Generalklausel - §§ 935, 940 ZPO (Abwehr- oder Angriffsverfügung) in Betracht; § 935 ZPO (Sicherungsverfügung) scheidet nach Normzweck und zulässigen Maßnahmen für eine Anwendung gegen Streiks aus.

C. 1. Zum Prüfungsgegenstand einer Regelungsverfügung (§§ 62 II ArbGG, 940 ZPO) gegen einen Streik gehören die Notwendigkeit der Regelung (Verfügungsgrund) und ein entsprechender materiellrechtlicher Anspruch (Verfügungsanspruch), insbesondere also die Rechtswidrigkeit des Streiks.

Der Prüfungsgegenstand einer Abwehr- oder Angriffsverfügung nach §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO richtet sich danach, ob eine "offene" oder eine "materiell-akzessorische" Verfügung erlassen werden soll. Bei offenen

Verfügungen ist das Hauptsacherecht nur insoweit anzuprüfen, wie dies erforderlich ist, um die Frage nach offensichtlichem Nichtbestehen verneinen zu können; der Prüfungsschwerpunkt liegt sodann nach Feststellung der materiellrechtlichen Offenheit bei einer Interessenabwägung. - Dagegen beruhen die materiell-akzessorischen Verfügungen auf eingehender materiellrechtlicher Vorausprüfung.

2. Der Prüfungsumfang entscheidet sich gemäß §§ 936, 920 II ZPO am Verständnis des Begriffes der Glaubhaftmachung, auf die allgemein § 294 ZPO angewandt wird. Die herrschende Meinung fordert für die Glaubhaftmachung die Erbringung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, beschränkt auf die tatsächliche Seite, während sie im rechtlichen Bereich eine volle Schlüssigkeitsprüfung für erforderlich hält. Nach Leipold kann die Glaubhaftmachung auch auf die rechtliche Seite bezogen werden. Der Begriff selbst ist nicht definiert und daher mehreren Deutungen zugänglich: Neben der Erbringung überwiegender Wahrscheinlichkeit kann er auch vollen Beweis auf der Grundlage der präsenten Beweismittel oder auch nur Erbringung einiger Anhaltspunkte bedeuten.

3. Nach gängiger prozessualer Doktrin wird aus den dann möglichen Kombinationen nur eine einzige feststehende vertreten: Verfügungsgrund und -Anspruch sollen in den tatsächlichen Grundlagen soweit glaubhaft zu machen sein, daß sich eine überwiegende Wahrscheinlichkeit ergibt. - Nach Leipold münden die Variationsmöglichkeiten ein in ein zweispuriges System des vorläufigen Rechtsschutzes. Bei offenen Verfügungen hat die Glaubhaftmachung des Hauptsacherechtes danach allenfalls die Bedeutung, einige Anhaltspunkte für Tatsachen und Recht zu erbringen, bei materiell-akzessorischen wird voller Beweis auf der Grundlage der präsenten Beweismittel verlangt.

D. 1. Rechtsschutzinteresse bzw. Notwendigkeit einer gerichtlichen Regelung entfallen nicht, wenn dem Antragsteller Möglichkeiten des Abwehrkampfes zur Verfügung stehen.

2. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auf Antrag eines Arbeitgeberverbandes ist nicht schlechthin ausgeschlossen. Die Berufung auf wesentliche Nachteile, die den Mitgliedern des Verbandes drohen, ist bei nichtrechtsfähigen Verbänden stets, bei rechtsfähigen in eingeschränktem Umfange zulässig.

E. Zur Verhinderung oder Unterbindung rechtswidriger Streiks stehen der Arbeitgeberseite vertragliche (aus positiver oder negativer Friedenspflicht), quasinegatorische (aus § 1004 BGB analog) und deliktische (aus §§ 823 I, II; 826; 831 BGB) Anspruchsgrundlagen zur Verfügung.

Eine Beschränkung des vorausprüfenden Typus einstweiliger Verfügungen gegen Streiks vom Verfügungsanspruch her kommt daher nicht in Frage.

F. 1. Die aufgrund einstweiliger Verfügungen gegen Streiks angeordneten Maßnahmen müssen einstweiliger Natur sein. Die Einstweiligkeit der Maßnahme wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß eine Verfügung befriedigende Wirkung hat, wie dies bei Verfügungen gegen Streiks die Regel ist. - Einstweilige Verfügungen gegen Streiks sind in dem (strengeren) Sinne irreparabel, daß eine Wiederherstellung des früheren Zustandes bei Aufhebung der Verfügung ex tunc unmöglich ist. Da sie aber immer auch faktisch ex nunc rückgängig gemacht werden können, sind sie in dem (gelockerten) heute allgemein für maßgeblich gehaltenen Sinne nicht irreparabel und verstoßen daher nicht gegen das Prinzip der Einstweiligkeit.

2. Schwierigkeiten und sogar die Unmöglichkeit, im Falle ungerechtfertigten Erlasses den Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO zu realisieren, bewirken nicht die Unzulässigkeit einstweiliger Verfügungen gegen Streiks.

II.

A. 1. Durch Art. 9 III GG ist den Koalitionen auch das Recht auf koalitionsgemäße Betätigung als Grundrecht gewährleistet.

2. Der Streik als zentrales Instrument des Arbeitskampfes wird zumindest derzeit von der grundrechtlichen Garantie koalitionsgemäßer Betätigung umfaßt.

B. 1. Die Streikfreiheit ist weder schrankenlos gewährleistet noch steht sie unter einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt; vielmehr unterliegt sie als Kommunikationsgrundrecht dem Vorbehalt der allgemeinen Gesetze.

2. Im Streit der Meinungen um den Inhalt des Begriffes der allgemeinen Gesetze verdient diejenige formale Auffassung den Vorzug, die der Definition die Antinomie generell - speziell zugrundelegt und Sonderrecht gegen die Kommunikationsfreiheit ausschließt. Ein Gesetz ist dann allgemein, wenn es unabhängig von der kommunikativen Freiheitsausübung freiheitsbeschränkende Erfolge zeitigt.

3. Weitere Schranken der Streikfreiheit ergeben sich aus der Kompetenz des einfachen Gesetzgebers zur Organisation des sozialen Auseinandersetzungsprozesses, aus Art. 9 II GG, aus generalen Schranken wie Sozialpflichtigkeit und Mißbrauchsverbot, sowie etwa aus Art. 33 IV, V GG.

4. Die vom materiellen Arbeitskämpfrecht aufgestellten allgemeinen kampfrechtlichen Begrenzungen lassen sich - wenn auch unter Überwindung gewisser Einpassungsschwierigkeiten - in das Schrankensystem der Koalitionsbetätigungsfreiheit einfügen.

C. §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO kollidieren nicht mit der Streikfreiheit aus Art. 9 III GG, sondern setzen als allgemeine Gesetze der Streikfreiheit Schranken.

D. 1. Die Anwendung der "Wechselwirkungslehre" des Bundesverfassungsgerichtes bei Auslegung der generalklauselhaften §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO führt bei abstrakter Betrachtungsweise zum Ausschluß nicht vorausprüfender Verfügungstypen gegen Streiks. Insbesondere sind sogenannte "offene" Verfügungen gegen Streiks unzulässig. §§ 62 II ArbGG, 935, 940 ZPO ermächtigen nur zum Erlaß einstweiliger Verfügungen des vorausprüfenden Typus gegen Streiks.

2. Die Bedeutung der hier bewußt offengelassenen prozeßdogmatischen Entscheidung zwischen der klassischen Regelungsverfügung (§§ 62 II ArbGG, 940 ZPO) und der aus dem Leipoldschen System eines zweiseitigen Rechtsschutzes noch verbleibenden "materiell-akzessorischen" Verfügung wird in der Anwendung gegen Streiks unter Beachtung der Wechselwirkungslehre wegen der Mehrdeutigkeit des Begriffes der Glaubhaftmachung im Einzelfall stark reduziert werden bzw. ganz verschwinden. Eine verfassungsorientierte Auslegung wird auch bei klassischem Ausgangspunkt durch die Wechselwirkungslehre des Bundesverfassungsgerichtes im Einzelfall häufig gehalten sein, den durch die Mehrdeutigkeit des Begrif-

fes der Glaubhaftmachung eröffneten Auslegungsspiel-
raum jedenfalls bei Anwendung der Normen gegen Streiks
in Richtung auf eine strengere materiell-akzessorische
Betrachtung zu nutzen.

L E B E N S L A U F

Am 20. September 1946 wurde ich als Sohn des Kaufmannes Anton Holzinger und seiner Ehefrau Lore Holzinger, geb. Reinhardt, in Schnaittach/Markt, Kreis Lauf/Pegnitz, geboren.

Die Volksschule besuchte ich von 1953 bis 1957 in Möhren/b. Treuchtlingen, Lauf/Pegnitz und Nürnberg-Laufamholz. Im Jahre 1957 trat ich in das Martin-Behaim-Gymnasium zu Nürnberg ein, an dem ich 1966 das Abitur ablegte. Im gleichen Jahr wurde mir die Aufnahme in die Stiftung Maximilianeum bewilligt.

Nach Ableistung des Wehrdienstes studierte ich im Wintersemester 1967/68 an der Ludwig-Maximilians-Universität in München zunächst Mathematik, wechselte jedoch im Sommersemester 1968 zur juristischen Fakultät. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 18. Juli 1972 vor dem Landesjustizprüfungsamt in München ab. Außer von der Stiftung Maximilianeum war mein Studium von der Bayerischen Begabtenförderung und der Friedrich-Ebert-Stiftung gefördert worden.

Am 15. September 1972 begann ich den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar beim Amtsgericht Nürnberg, wurde jedoch für das gesamte Jahr 1973 beurlaubt, um am Juristischen Seminar der Universität Erlangen-Nürnberg als Verwalter einer wissenschaftlichen Assistentenstelle tätig sein zu können.

Offsetdruck-Fotodruck

J. Hogl, 8520 Erlangen, Hauptstr. 109 (Nähe Martin-Luther-Platz) Tel. 22990